

L'ouverture de Crédit

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 4 Mars 1938, à 14 heures

PAR

BERNARD DARTIGUELONGUE

Président : M. RIPERT, Professeur.

Suffragants { MM. ESCARRA, Professeur.
HAMEL, Professeur.

LES PRESSES MODERNES
96, Galerie Beaujolais, 96
PARIS

1938

RIJKSUNIVERSITEIT LEIDEN



0535 5107

L'ouverture de Crédit

L'ouverture de Crédit

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 4 Mars 1938, à 14 heures

PAR

BERNARD DARTIGUELONGUE

Président : M. RIPERT, Professeur.

Suffragants { MM. ESCARRA, Professeur.
HAMEL, Professeur.

LES PRESSES MODERNES
96, Galerie Beaujolais, 96
PARIS

1 9 3 8

*La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs.*



Bibliographie

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil français.
CAPITANT. — De la cause des obligations.
ESCARRA. — Principes de droit commercial — Tome VI, avec la collaboration de MM. Escarra et Rault.
LYON-CAEN ET RENAULT. — Traité de droit commercial, T. IV.
PLANIOL ET RIPERT. — Traité pratique de droit civil français (avec la collaboration de professeurs des Facultés de droit).
THALLER. — Traité de droit commercial (avec la collaboration de M. Percerou).

OUVRAGES TRAITANT de l'OUVERTURE de CRÉDIT EN GÉNÉRAL

- BACH. — De l'ouverture de crédit. Thèse, 1892.
ESCARRA (E. et J.). — L'ouverture de crédit (mémoires de l'Académie internationale de droit comparé, II, 2^e partie 1936, p. 746.)
FALLOISE. — Traité des ouvertures de crédit, 1891.
GALESCU-PYK. — Contractuel de deschidere de credit, Bucarest, 1929.
JACK (A.). — Ouvertures de crédit (*Revue de droit bancaire*, 1933, page 13).

OUVRAGES RELATIFS A LA RÉALISATION OU AUX GARANTIES DE L'OUVERTURE DE CRÉDIT

- ALLIZE. — Le crédit confirmé. Paris, thèse, 1923.
ASQUINI. — Pagamenti mediante « rimborso di banca ». — (*Riv. del. dir. com.* 1922, I, p. 244 et suiv).
BRETHE ET LEGAL. — Le crédit confirmé en droit français

- et en droit étranger (*Rev. de dr. banc.* 1924, p. 289 et 385).
- BRUNETTI. — Operazioni bancaria, su tratte documentate. (*Rev. del. dir. commerciale*, 1933, p. 183).
- CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE. — N° 82 : Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, Paris, 1933.
- CHERON. — Note au *D. P.*, 1923-2-137.
- DEMOGUE J. — Le crédit documentaire en droit anglais, Paris 1934.
- DESCHAMPS. — Le nouveau statut de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque. Paris, 1936.
- EMERY. — L'escompte en compte courant et ses garanties. Paris, 1933.
- ETIENNE P. — Crédits par acceptation. Paris, 1926.
- FARGEAUD. — Le compte courant et ses garanties. — Hypothèques et délégations de marchés. — Le danger des privilèges occultes. Paris, 1935.
- Le financement des marchés de l'Etat et des collectivités publiques (*Journal des Notaires*, 1937, article 39.463).
- FLOUR. — La mise en gage des polices d'assurances sur la vie. (*Rev. gén. des ass. terrestres*, VI, 1932, p. 702).
- FRANÇOIS-MARSAL. — Encyclopédie de Banque et de Bourse, 1929.
- GRECO. — *Le operazioni di banca*. Padova, 1930.
- GUTTERIDGE. — The law of Banker's commercial credits. Londres, 1923.
- HAMEL. — Les formes internationales des crédits bancaires. (*Recueil des cours de l'Académie de Droit international*, 1935, p. 207).
- Note au *D. P.*, 1926-1-201.
- Banques et opérations de banque (1 vol. paru), Paris, 1932.
- Les nouveaux privilèges du Trésor et le rang du

Trésor par rapport aux créanciers gagistes (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1936, p. 363).

JANSSEN. — Le crédit confirmé en France et en Belgique. — Bruxelles, 1927.

LEFRANÇOIS. — Traité du crédit ouvert en compte courant et moyennant affectation hypothécaire. Bruxelles, 1878.

MARAIS. — Du crédit documentaire, 1929.

— Des ouvertures en banque de crédits confirmés et non confirmés, 1925.

PERCEROU. — A propos des crédits d'acceptation réalisés par tirages pour compte (*Annales de droit commercial*, XLI, 1932, page 121).

RENAUD. — Traité juridique et pratique de l'escompte. Paris, 1934.

ROUSSEAU. — Note au S. 1922-2-17.

SPALDING. — Banker's credits, 1930.

TERREL ET LEJEUNE. — Traité des opérations commerciales de Banque, 1937.

TORQUEBAU. — Les garanties en matière d'ouverture de crédit. Thèse Montpellier, 1933.

VIGREUX. — Le crédit par acceptation, Paris, 1931.

WAHL. — Note au S., 1891-1-177 et 1893-1-153.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Le crédit et la science juridique

L'institution du crédit qui, depuis un siècle, gouverne la vie économique du monde, a fait l'objet de savantes études : grâce à l'heureuse collaboration de l'homme d'affaires et de l'économiste, une technique des opérations de crédit a progressivement été élaborée.

Œuvre féconde, s'il en est une ! Car le crédit est indispensable à qui veut produire, à qui veut faire du commerce ; sa recherche devient le but vital de toute entreprise. D'importants organismes ne sont-ils pas apparus, au milieu du XIX^e siècle, dont l'exercice professionnel ne consiste qu'à dispenser un crédit dont ils ont, au préalable, acquis un immense potentiel ? Ainsi, le crédit fait-il l'objet de nombreuses transactions : il est devenu une chose dans le commerce.

Envisagé sous cet angle, le crédit pénètre du domaine économique dans le domaine juridique. Il donne lieu à des conventions fatalement régies par les principes du droit des obligations : ce sont les conventions de crédit.

Objet de cette nouvelle espèce contractuelle, le crédit doit se prêter à une analyse précise : la connaissance exacte de l'objet du contrat n'est-elle pas nécessaire, ne fut-ce que pour que puissent être justement appréciées les qualités que doit nécessairement posséder cet objet, pour la solidité même de la convention ?

Apparemment, une telle recherche ne doit pas présenter de difficultés. Les contours mêmes du crédit ont été délimités par la science qui, depuis plus de cinquante ans, consacre à son étude le meilleur d'elle-même. Une théorie générale du

contrat de crédit n'est-elle donc pas facilitée par la connaissance de l'objet conférant à ce contrat son caractère spécifique ?

A cette question, le juriste a souvent cru pouvoir répondre affirmativement. Jamais le moindre soupçon n'a été formulé sur la valeur des expressions : contrat de crédit, opération, ouverture de crédit ; aucun doute qu'elles ne correspondent qu'à une espèce contractuelle unique dans sa nature : l'opération de crédit est la convention réalisant le crédit recherché ; l'ouverture de crédit est la promesse de crédit, l'engagement de réaliser le crédit. Ces expressions ont ainsi pénétré dans la langue juridique et nul ne semble vouloir, de nos jours, les abandonner.

Pourrait-il, d'ailleurs, en être autrement ? Les économistes apportent au juriste une connaissance éprouvée de l'institution du crédit : son rôle est défini ; son mécanisme est au point ; ses procédés de réalisation donnent lieu à des conventions licites dont tous ont de l'objet une notion claire, simple et précise ; aucun de ses aspects n'a, semble-t-il, été laissé dans l'ombre.

Il existe, en effet, une *notion économique du crédit*. Elle est fort simple. Interrogeons l'économiste, et il nous répondra : Le crédit est un facteur de la production : il fait passer les capitaux des mains inaptes aux mains aptes à les faire produire. En définitive, la recherche du crédit aboutit à celle d'un moyen efficace de paiement : notion dépourvue de toute complexité ; présentant même une parfaite unité ; revêtant enfin une forme concrète.

Dès lors, point de difficultés à rechercher le caractère du contrat de crédit ; son but est de procurer du crédit ; son objet, c'est le crédit : le moyen de paiement auquel il s'identifie. Pour reprendre l'expression de Devas (1), le contrat de crédit est une « convention de paiement ajourné ».

(1) *Economie Politique*, p. 351.

Cette notion doit-elle satisfaire le juriste ? Que le crédit ait pour résultat économique l'octroi de moyens de paiement, voilà ce que nul n'osera contester. Mais est-il ces moyens eux-mêmes ? Des facilités ou des moyens de paiement naîtront-ils ainsi en vertu d'une génération spontanée, ou bien ont-ils une source à laquelle il convient de remonter, qui leur est distincte, et que la psychologie, la sociologie, l'histoire, la simple raison elle-même, nous feront désigner de ce mot « crédit » si couramment usité de nos jours ?

S'il en est ainsi, l'économiste aura étudié le crédit comme le physicien l'électricité ; il en aura considéré les effets, dans toutes leurs manifestations, pour négliger la cause, l'essence de l'institution. C'est précisément ce que nous serons tentés de croire, si nous nous arrêtons à l'aveu d'impuissance que fait Casassus, lorsqu'il voit dans le crédit « un sphinx mystérieux, une force occulte dont on constate les effets, mais dont l'essence intime se dérobe aux regards » (2).

Il est alors permis de se demander dans quelle mesure le juriste peut parler de *contrat de crédit*, et même avec plus de précision, d'opérations et d'ouvertures de crédit, de prêts de crédit enfin !, alors que l'objet même de ces conventions (le crédit) demeure indéterminé dans son essence. Comment, devant cette anomalie, ne pas avoir présent à l'esprit ce que Colin et Capitant appellent le « truisme » (3) de l'article 1129 du Code Civil et qui est ainsi conçu : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce » !... « Jamais, ajoutent les mêmes auteurs, deux personnes sensées ne feront un contrat sans que l'objet en soit déterminé ».

En réalité, nous aboutissons ici au heurt de deux méthodes : celle de l'économiste et celle du juriste. Institution économique, le crédit, tel qu'il nous est donné, ne peut s'imposer à

(2) *Les Institutions de crédit*, p. 12.

(3) *Cours de droit civil français*, II, p. 293.

la technique juridique : la détermination de son essence est indispensable ; le premier travail du juriste soucieux de connaître le contrat de crédit est donc d'essayer de percer le mystère du « sphinx mystérieux », de se poser par conséquent une question préliminaire : qu'est-ce que le crédit ?

*
**

Le mot « crédit » dérive du mot latin « credere » qui signifie « croire », « avoir confiance ». Les mots *crédit* et *confiance* sont synonymes.

Cette conception — toute psychologique — du crédit est des plus anciennes. C'était celle du prêteur romain qui la rapprochait de sa conception du contrat, au point même de confondre l'une avec l'autre, lorsqu'il intitulait son édit : *De rebus creditis*, et que, *par creditum*, il désignait, non seulement le contrat de prêt, mais toutes opérations contractuelles.

Point n'est besoin d'ailleurs de réfléchir longuement pour apercevoir les relations étroites qui existent entre les deux idées. La notion de *crédit* est si intimement liée à celle de *contrat* qu'elle est évoquée dans l'appellation même du droit né du contrat : le droit de créance. Le créancier est celui qui a cru en la promesse de son débiteur : pour lui, *contracter* a signifié *faire crédit*.

Souvent, en effet, l'acte contractuel implique de la part, au moins de l'une des parties, un acte de confiance en la parole de son cocontractant. Il en est ainsi dès qu'une simultanéité absolue n'existe pas dans l'accomplissement des prestations de l'une et de l'autre partie, et que, par conséquent, s'écoule un laps de temps pendant lequel l'un des contractants accepte de courir le risque qu'engendre l'acte de confiance. Le crédit n'est alors concédé sans doute qu'en raison des qualités personnelles de l'autre partie ; mais il est le fait d'une conviction intime : aussi, le qualifierons-nous de *subjectif*.

Cette analyse aboutit donc à une *notion psychologique*

du crédit. Ainsi compris, le crédit joue dans le contrat un rôle qui ne saurait être que celui d'un facteur permettant de déclencher le consentement de l'une des parties : il est la cause efficiente de l'acte de volonté ; en aucun cas, il ne saurait être l'objet du contrat.

A côté de cette notion psychologique, apparaît vite un *concept sociologique* du crédit. Si, en effet, nous supposons qu'une personne se trouve dans la nécessité de contracter souvent — par exemple, pour exercer son commerce — nous en concluons qu'elle est obligée de réunir un ensemble de qualités lui permettant d'obtenir la confiance de tout contractant éventuel. Prises en elles-mêmes, détachées, en somme, du sujet dont elles sont l'attribut, ces qualités se concrétisent et se présentent à nous comme une valeur sociale indispensable à acquérir avant de pouvoir contracter. Le crédit nous apparaît, alors, non plus comme un état psychologique de l'autre partie, mais comme une aptitude à contracter « *erga omnes* », à trouver auprès de quiconque cette foi, sans laquelle aucun contrat ne peut être conclu. On dira de la personne ayant cette aptitude qu'elle a du *crédit*. C'est ce que nous appellerons le *crédit objectif*.

De la sorte, le crédit peut être acquis d'une autre personne, au moyen de contrats appropriés : on se procure du crédit — mais, en ce cas, le crédit n'est jamais qu'une qualité personnelle à caractère social. Il peut être le but vers lequel tend le contrat, sa cause finale : mais, en raison de sa nature, son transfert ne peut être le fait unique d'un acte de droit : il ne peut constituer l'objet d'une obligation.

Devons-nous, dès lors, reconnaître la technique juridique incapable d'embrasser dans ses limites actuelles cette espèce nouvelle que constituent les contrats de crédit ? Sans doute, à travers la diversité de sens du mot crédit, le contrat de crédit est-il d'une extrême complexité. En outre, le rôle même joué par le crédit dans le contrat ne suffit pas à donner à ce contrat un caractère spécifique. Autant d'opérations de crédit, au-

tant d'espèces contractuelles sans aucun lien juridique entre elles, et qui n'ont de commune qu'une similitude d'effets, du seul point de vue économique.

Cette remarque faite, loin d'accuser d'étroitesse la technique juridique, nous admirons l'infinie richesse de ses procédés : une fois de plus, en effet, nous la voyons capable de parvenir à réaliser des opérations dont, au temps de son élaboration, l'existence même n'était pas soupçonnée.

* *

Du point de vue juridique, les contrats de crédit revêtent donc des caractères divers et s'apparentent à une nature différente, selon les cas.

Entendons-nous par crédit la simple confiance que manifeste l'une des parties en l'autre ? L'opération de crédit suppose alors l'accomplissement à découvert d'une prestation : vente à crédit, prêt.

Voyons-nous, en outre, s'ajouter à ce crédit subjectif, un but de crédit objectif : celui de procurer à autrui un crédit que l'on détient. Le créancier parviendra au résultat cherché en réalisant la sécurité d'éventuels co-contractants peu disposés jusqu'ici à accorder leur confiance à la personne « dépourvue de crédit ». Il garantira les engagements du crédit, ou s'engagera même, à sa place. La sûreté personnelle qu'il leur concédera de la sorte mettra en confiance les tiers jusqu'ici réticents. Ceux-ci accepteront de traiter à découvert avec une personne enfin « munie » de crédit : ce faisant, elles lui feront elles-mêmes crédit : les deux notions, loin de s'exclure, s'impliquent mutuellement.

* *

Ce bref aperçu suffit à mettre en lumière le peu de sens juridique que peuvent contenir des expressions telles que « opération de crédit » et « ouverture de crédit ». Le langage

commun réunit sous la même appellation des espèces contractuelles très différentes.

Par « ouverture de crédit » sont désignées toutes conventions tendant à préconstituer le crédit (sens économique) au profit d'une personne, et dès lors, à assurer et à préparer l'exécution d'une opération de crédit.

L'objet de la présente étude est à la fois de dresser un tableau de synthèse des nombreuses conventions d'ouverture de crédit, et de rechercher ce qu'elles peuvent avoir d'essentiel. Ainsi serons-nous amenés à décrire ce contrat sous ses aspects les plus variés. Tout en évitant de le torturer dans des cadres contractuels qui ne sont pas faits pour lui, nous nous employerons à le situer dans les principes et à l'y voir fonctionner : à donner, en un mot, à l'ouverture de crédit, ce dont, sans doute, elle est le plus dépourvue : une physiologie juridique (4).

(4) Ces lignes et les quatre premiers chapitres de notre étude étaient rédigés lorsque a paru le deuxième fascicule du Tome VI des *Principes de droit commercial* de M. ESCARRA. Sur plusieurs points, notre modeste exposé a trouvé dans ce remarquable ouvrage une précieuse confirmation. Nous avons cru devoir laisser, sans la modifier en conséquence, la presque totalité de notre texte, nous contentant de renvoyer par des annotations, aux principaux passages du livre de M. Escarra, traitant de la question qui nous intéresse.

CHAPITRE PREMIER

Nature juridique et définition de l'ouverture de crédit

En matière de banque, il convient de « se garder de poser les principes d'une terminologie rigoureuse », disent MM. Terrel et Lejeune ; « les mêmes mots sont employés souvent dans des sens bien différents ».

Jamais, l'exactitude d'une telle assertion n'apparaît avec plus de clarté que lorsque l'on considère le vocabulaire usité dans la pratique du crédit. Si nous avons cru devoir, au seuil de cette étude, exposer la pluralité de notions auxquelles le mot « crédit » correspond, c'est précisément afin de mieux mesurer les conséquences qu'entraîne, au point de vue juridique, leur confusion, sur les points faisant l'objet de cette étude.

L'ensemble des opérations accomplies en vue de l'obtention du crédit sont généralement désignées sous le terme d'« opérations de crédit » ; celles par lesquelles une personne s'assure auprès de son créancier, de l'accomplissement éventuel d'une opération de crédit, et par laquelle, de ce fait, elle « préconstitue » le crédit qu'elle désire obtenir de lui, le sont généralement sous celui d'« ouverture de crédit ».

Or, sous cette fausse apparence de précision, l'une et l'autre locution cache une confusion indéniable ; les opérations ainsi groupées sous un même vocable, ne sont, en effet, unies entre elles que par une idée d'ordre économique et ne correspondent, dès lors, à aucune conception juridique précise.

Nous en avons indiqué la raison : dans l'une et l'autre expression, le mot « crédit » est tantôt employé dans son sens

subjectif, tantôt, au contraire, dans son sens objectif. Constitue une simple opération de crédit subjectif, celle qui, s'apparentant à la notion de prêt ou de vente, consiste, de la part du créancier, en une avance, en un découvert ; en un mot, en une remise de sommes d'argent ou de marchandises. Constitue, en outre, une opération de crédit objectif, celle qui aboutit à une garantie personnelle accordée par le créancier à des tiers, pour le débiteur, telle une acceptation, un aval, une caution.

Les économistes ont nettement mis en lumière ces deux groupes d'opérations lorsqu'ils ont distingué le crédit par caisse du crédit par acceptation ou par signature. Nul ne contestera, d'ailleurs, qu'économiquement, un certain lien unisse ces opérations. Mais, il ne saurait en être de même juridiquement. Selon, en effet, qu'il s'agit de l'une ou de l'autre, nous constatons deux mécanismes différents commandés, chacun, par une notion juridique distincte : celle de prêt ou de vente, d'une part, celle de garantie personnelle, de l'autre.

Cela suffit, sans doute, à expliquer les difficultés auxquelles se sont trouvés en butte les juristes dans leurs recherches sur la nature juridique de l'ouverture de crédit. Voulant, coûte que coûte, découvrir un seul concept juridique sous une locution qui évoquait les opérations les plus disparates, ils ont été contraints de donner à l'ouverture de crédit un cadre étroit, incomplet, et de se trouver, ainsi, en contradiction avec le langage courant des hommes d'affaires qui ont de cette opération une idée large.

*
**

La majorité des auteurs rattache plus ou moins directement l'ouverture de crédit à la notion de prêt. Pour les uns, l'ouverture de crédit serait une promesse de prêt, le prêt ne se réalisant qu'ultérieurement, par la remise de la chose. Cette théorie, que nous qualifierons de « classique » (car elle

est la plus ancienne et qu'elle est, en outre, celle des principaux auteurs), respecte le caractère réel du contrat de prêt, tel que l'a nettement déterminé l'article 1892 C. Civ.; il ne peut y avoir prêt sans livraison préalable de la chose; la convention par laquelle une personne s'engage à remettre ultérieurement une chose, à titre de prêt, est une simple promesse de prêt; l'ouverture de crédit est le type même de cette convention.

Cette théorie est celle de nos plus éminents maîtres du droit commercial (1). Pour Lyon-Caen et Renault (2), « une « ouverture de crédit n'est qu'une promesse de prêt par « laquelle une personne (le créancier) s'oblige à tenir à la « disposition d'une autre personne (le débiteur) une certaine « somme. Quand le débiteur réclame les avances promises, « un prêt se substitue à la promesse de prêt, jusqu'à concurrence de la somme avancée par le créancier au débiteur ». Et comme pour mieux montrer à quel point ils sont attachés à cette conception, ces auteurs ajoutent ; « Les règles relatives « à l'ouverture de crédit ne seront expliquées qu'après celles « qui régissent le prêt ».

De son côté, Thaller affirme que « l'ouverture de crédit « est une promesse de prêt, l'engagement pris par le débiteur (qui est un banquier) de fournir, à la demande du « débiteur, et à titre d'avances, les sommes comprises dans la « convention. » (3)

MM. Planiol et Ripert semblent également se ranger à cette opinion, lorsque traitant des contrats, ils disent : « L'ouverture de crédit, ou promesse de prêt, est l'un des cas les « plus usuels de promesse de contrat. » (4)

Parmi les partisans de cette théorie, citons, enfin, MM.

(1) Voir cependant ESCARRA, op. cit. Tome VI.

(2) op. cit. Tome IV, n° 684.

(3) op. cit. 7^e édition, n° 1618.

(4) op. cit. Tome VI, n° 149.

Lacour et Bouteron (5), MM. Terrel et Lejeune qui, en raison du caractère même de leur ouvrage, admettent la théorie sans la discuter (6), M. François Marsal (7) et M. Armand Bach (8).

Cependant, parmi les partisans d'un rattachement de l'ouverture de crédit à la notion de prêt, la théorie classique de la promesse de prêt est loin de faire l'unanimité. Certains juristes, en effet, considèrent l'idée d'un contrat consistant en une promesse de prêt comme artificielle et ne correspondant pas à la réalité des conventions intervenues. C'est toute la conception du prêt : « contrat unilatéral se formant *re* » qu'ils mettent en cause en déclarant que les auteurs du Code Civil dans la définition qu'ils ont donnée du prêt, à l'article 1892, se sont, à l'exemple de Pothier, laissés influencer par la conception romaine du contrat *re*, qui, si elle a marqué un progrès incontestable sur l'institution primitive du prêt *verbis* par double stipulation, perdait, du fait des principes consacrés par l'article 1134, toute sa raison d'être.

Pour ces auteurs, en dépit des termes formels de l'article 1892, le prêt n'est pas un contrat réel et unilatéral, mais un contrat consensuel et synallagmatique engendrant, à l'exemple de la vente ou du louage, l'obligation de livrer une chose. Cette livraison peut être concomitante ; elle peut être aussi différée. Dans ces conditions, la promesse du prêt vaut prêt, et, de ce fait, l'ouverture de crédit apparaît comme un prêt pur et simple. (9)

Cette théorie, déjà ancienne, a été reprise ces dernières années par Capitant (10). D'après Capitant, « c'est une erreur « de dire..... que le caractère réel du prêt est imposé par sa

(5) *Précis de droit commercial*, Tome II, n° 1418.

(6) *op. cit.*, p. 35.

(7) *op. cit.*, p. 294.

(8) *op. cit.*, Thèse, Paris 1892.

(9) Cf. Ruben de Couder, V° *Crédit ouvert*, n° 3; Dutruc, sur Deville-neuve et Massé; V° *Crédit ouvert* n° 2 et suiv.

(10) *op. cit.* n° 23.

« nature économique ou par la force des choses. » Pour lui, le prêt *peut* être « le contrat synallagmatique consensuel par lequel une partie s'oblige à prêter une chose à l'autre, qui, de son côté, s'oblige à la restituer au terme convenu. Ainsi l'ouverture de crédit que l'on analyse ordinairement comme un contrat unilatéral n'engageant que le créiteur, est, en réalité, un contrat synallagmatique. »

* *

Sans prendre momentanément parti pour l'une ou l'autre conception : promesse de prêt ou prêt, nous constatons, avant tout, que les partisans de ces théories ne sont pas sans apercevoir eux-mêmes les insuffisances de leurs explications. C'est ainsi que Lyon-Caen et Renault, bien que farouches partisans de la théorie de la promesse de prêt, formulent à son sujet certaines réserves : « Il va du reste de soi, disent-ils, que le caractère reconnu par nous à l'ouverture du crédit, n'est exact que dans le cas ordinaire, celui où la promesse du créiteur a pour objet une somme d'argent.... Mais, on ne saurait parler de promesse de prêt dans les cas où le crédit a pour objet des marchandises que le créiteur s'oblige à mettre à la disposition du crédité, qui à l'expiration du crédit, doit rembourser la valeur de ces marchandises avec les intérêts... Il y a bien là un contrat *sui generis*. » (11)

Cela est exact, mais combien apparaissent plus grands encore les défauts de cette conception, lorsque nous considérons l'ouverture de crédit réalisable par une garantie personnelle tel, par exemple, le cas du crédit confirmé ! Comment, en l'occurrence, parler de prêt ou de promesse de prêt ?

Abordant cette question et ne tenant plus alors, au moins apparemment, le moindre compte de leurs explications primitives, Lyon-Caen et Renault désignent, par crédit confirmé,

(11) *ibid*, Tome IV, n° 712.

« une ouverture de crédit dans laquelle le créancier est obligé, « à la fois, envers le débiteur et envers un tiers. » Puis, ayant ainsi reconnu au crédit confirmé les caractères de l'ouverture de crédit, ils le considèrent comme « une promesse d'acceptation à laquelle se substituera une acceptation définitive ». (12) Que reste-t-il alors de la définition première ? Combien, ici, nous sommes loin de l'ouverture de crédit : promesse de prêt !

Par un certain souci de logique, Thaller, au contraire, ne paraît rien vouloir céder de sa conception de l'ouverture de crédit, lorsqu'il voit dans les opérations de crédit par acceptation « des opérations de pure mobilisation dans lesquelles le banquier prête, non pas de l'argent, mais son crédit, sa signature. » (13)

A vrai dire, nous n'apercevons pas très bien le mécanisme d'un prêt de crédit. Sans doute, dans ce qu'il a surtout d'objectif, le crédit que détient le banquier et dont il se fait le dispensateur est-il, bien qu'incorporel, d'une incontestable réalité. Mais, si nous admettons qu'en principe, la livraison à titre de prêt d'une chose incorporelle puisse fictivement s'opérer, force est pour nous de constater qu'un prêt de crédit, économiquement très explicable, trouve, juridiquement, un grave obstacle à sa réalisation pratique selon les règles générales du prêt : cet obstacle n'est autre que l'existence des tiers aux yeux desquels le crédit est prêté, mais sous la forme nécessaire d'une garantie consentie à leur profit par le créancier. Rien, il nous faut le reconnaître, n'apparente ce contrat de garantie au contrat de prêt.

On ne saurait davantage soutenir que mettant sa signature au bas d'un tel contrat, le créancier prête sa signature au débiteur. Quelle valeur représente une signature ? Une valeur

(12) *ibid*, Tome IV, n° 735 bis. Crédit confirmé.

(13) *op. cit.*, n° 1617, note 1 ; voir également pour l'exposé de cette conception, P. ETIENNE, *op. cit.*, thèse, Paris 1926 ; TERREL et LEJEUNE, *op. cit.*, p. 429 et suiv.

d'ordre juridique : l'engagement de celui qui a signé, et, en outre, une valeur d'ordre économique : les avantages que procure la signature, à savoir le crédit du signataire. Mais, dans ce cas, une conception du prêt de signature est donc identique à celle du prêt de crédit dont nous avons montré, au point de vue juridique, l'impossible réalisation. Prise, en outre, dans le sens de l'engagement qu'elle fait naître, la signature prêtée, loin de faire l'objet d'un contrat de prêt, n'est que le simple résultat d'un contrat de garantie. Il est évident que parler du « prêt de l'obligation résultant d'un contrat de garantie » est commettre un non-sens !

En réalité, il n'y a pas de prêt de signature ; pas plus qu'il n'y a, juridiquement, de prêt de crédit. On s'engage pour autrui, par sa signature ; on ne la prête pas. Le contrat de prêt, en effet, suppose essentiellement l'existence de deux faits : l'un qui est antérieur à sa formation, est la livraison, la tradition d'une chose, soit *in specie*, soit *in genere* ; l'autre qui est postérieur à sa formation est, selon la nature de la chose, l'usage ou la consommation de la chose : or, l'un et l'autre faits se trouvent irréalisables dans l'hypothèse que nous envisageons : la seule livraison qui s'opère ici, en effet, c'est celle du *titre* contenant la signature, mais c'est là le jeu d'un contrat de garantie et non d'un contrat de prêt ; quant à l'usage qui en est fait, c'est non pas l'usage de la signature, mais l'usage du droit né du contrat de garantie. Il y a, peut-être, dans les expressions « prêt de crédit, prêt de signature » un heureux euphémisme. Nous nions qu'il y ait là une expression pleine de sens juridique. A vouloir, coûte que coûte, et, semble-t-il, contre toute évidence, assimiler l'ouverture de crédit au contrat de prêt, on en arrive à perdre de vue les cadres essentiels de ce dernier contrat, à l'intérieur desquels on peut sans doute évoluer, en nuancant le prêt selon les divers caractères de l'opération envisagée, mais hors desquels il ne peut y avoir qu'un prêt qui n'est pas un prêt.

*
**

Sans aborder ces discussions, un auteur belge, Falloise, renonce à apparenter l'ouverture de crédit au prêt, pour la considérer comme un contrat *sui generis* (14). Toutefois, la critique qu'il fait des théories que nous venons d'examiner nous apparaît manquer de force ; les différences qu'il relève entre l'ouverture de crédit et le prêt ou la promesse de prêt sont des différences de détail explicables le plus souvent par les modalités des conventions que les parties sont libres de conclure, ou même par le jeu du prêt en compte courant par lequel souvent le crédit se réalise. La définition qu'il donne, enfin, de l'ouverture de crédit : « une convention par laquelle une personne s'oblige à fournir des fonds à une autre personne.... » laisse à penser qu'il a de l'ouverture de crédit la même conception étroite que les auteurs qu'il critique. Aucune raison sérieuse ne s'opposerait d'ailleurs à ce que l'ouverture de crédit, telle qu'il la définit, ne soit assimilable à une promesse de prêt.

*
**

Si nous considérons, nous-mêmes, l'ouverture de crédit comme un contrat *sui generis*, c'est parce que nous nous basons sur de tout autres considérations. De par les confusions faites dans le langage courant des affaires, sur les divers sens du mot *crédit*, on a amalgamé sous le terme « opération de crédit », et partant, sous celui « d'ouverture de crédit », un ensemble d'opérations juridiquement différentes. Le caractère essentiel de l'ouverture de crédit, nous l'avons vu, est la préconstitution du crédit. Ainsi conçue, l'ouverture de crédit est-elle, dans tous les cas, un avant-contrat, préparant et précédant une opération de crédit. Tantôt promesse de prêt (force est pour nous, quel que soit notre souci de logique, de consi-

(14) op. cit. n° 4.

dérer le prêt comme un contrat *re*, puisqu'un texte formel lui donne ce caractère) tantôt promesse de vente à crédit, tantôt promesse de garantie personnelle, l'ouverture de crédit est une promesse de contrat. L'étude de ses modes de réalisation nous fournira l'occasion d'examiner de plus près ces divers cas.

Arrivés à ce point de notre étude, nous sommes contraints d'arrêter notre analyse sur la constatation suivante : le crédit préconstitué par l'ouverture de crédit peut être d'essence différente et commander, dès lors, selon les cas, à deux groupes d'opérations juridiques distinctes : une livraison de sommes ou de choses (vente ou prêt) d'une part, une concession de sûreté personnelle de l'autre. Notre théorie de l'ouverture de crédit : *contrat sui generis* est donc un aveu de notre impuissance à aboutir à une conception à la fois unique et complète de la nature juridique de l'ouverture de crédit. Bien plus, elle est la négation même de la possibilité d'une telle conception.

Faute de pouvoir mieux faire que de montrer la complexité de nature que présente l'ouverture de crédit, c'est une définition elle-même complexe que nous en proposons : « On appelle *ouverture de crédit* toute convention par laquelle une personne, appelée créiteur, s'engage, dans des conditions, pour une durée et selon des modes déterminés, à tenir à la disposition d'une autre personne, appelée crédit, soit une certaine quantité de choses ou de valeurs, soit sa garantie personnelle auprès de tiers dont ce crédit pourrait devenir éventuellement le débiteur. »

CHAPITRE II

L'ouverture de crédit au regard de l'histoire et du droit comparé

SECTION I

APERÇU HISTORIQUE SUR L'OUVERTURE DE CRÉDIT

Si, depuis bientôt un siècle, le crédit a pris une place de premier plan dans l'économie moderne, il n'a cependant pas été l'invention d'une époque. Nous trouvons des opérations de crédit dans la plus haute antiquité; la banque est presque aussi vieille que les hommes et ses opérations étaient, à l'origine, réalisées au moyen de contrats encore en usage de nos jours. Dans son ouvrage sur les « Banques et opérations de Banque », M. Hamel brosse un historique complet de l'évolution de ces opérations, de l'Egypte et de Babylone à nos jours, en passant par les « Τραπεζεται » de la Grèce, les « argentarii » romains, les banquiers juifs, vénitiens, lombards, etc... Tous ont connu le prêt — même à intérêt — le prêt sur gage, le cautionnement, et toute la variété des contrats qui, finalement, aboutissent à une avance de fonds ou à une garantie personnelle de la part du banquier.

Toutefois, rien ne nous prouve que les peuples anciens aient fait du crédit une institution économique. Tout porte à croire, au contraire, qu'ils n'en ont eu qu'une idée à peine ébauchée. La notion même du crédit subjectif leur a échappé.

Pour voir apparaître une notion générale du crédit, il nous faut attendre le prêteur romain (1). Lorsque dans son

(1) Cf. ACCARIAS, *Droit Romain*, II, p. 19, note 1; DURETESTE, *Du crédit et de la condictio*, thèse Paris 1856.

édit le prêteur traite des obligations contractuelles, il les englobe dans le titre « De rebus creditis. » Pour lui, le « creditum » est l'acte de confiance, de foi en la parole donnée. A ce titre, toutes obligations contractuelles peuvent être désignées par le mot « creditum » car, toutes, supposent la confiance : contracter, c'est, avant tout, s'en remettre à la parole de son co-contractant : « Omnes enim contractus quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur (titulum rerum creditarum). » (2) Il est curieux de remarquer que dans un droit où la matière des contrats était divisée en une infinité d'espèces séparées les unes des autres comme par de rigides cloisons, le lien qui ait été découvert entre elles, le point commun que l'on en ait dégagé, soit précisément cette notion de crédit subjectif : ce fait seul suffirait à établir à quel point ce crédit est de l'essence même du contrat.

Sans doute, surtout à l'origine, les Romains ont-ils eu, eux-mêmes, de la notion de crédit, une conception plus étroite. Par *creditum*, ils entendent de préférence le *mutuum* (3). Souvent le prêt de consommation est indifféremment désigné sous les termes de *creditum* ou de *mutuum* : l'objet de ce contrat l'est, presque toujours, sous celui de *credita pecunia* (4). Mais il faudrait se garder de croire que la notion de crédit ait été exclusivement attachée à cette forme spéciale de contrat. Le *mutuum*, avec tout ce qu'il comporte de dessaisissement, d'aliénation, de destruction même de la chose prêtée, est incontestablement le contrat de crédit par excellence. Mais il n'est pas le seul : Paul, dans la Loi 2 du titre « De Rebus creditis », après avoir, sous le mot *creditum*, évoqué l'opération résultant du prêt de consommation, désigne, par ce même terme, quelques lignes plus loin, l'ensemble des opérations contractuelles. Sous la réserve que nous avons formulée, nous

(2) L. XII, t. 1, I, 1.

(3) L 2, § 1. *De rebus creditis*.

(4) ACCARIAS, op. cit. II, p. 231, note 2.

pouvons affirmer que la notion du crédit subjectif que nous devons au prêteur est une notion générale, désormais attachée à la notion même de contrat.

Si, comme nous venons de le voir, les Romains ont eu le sens du crédit subjectif, il n'apparaît pas qu'une notion objective du crédit leur ait été connue. De ce qu'ils n'en aient eu l'idée, il ne faudrait cependant pas déduire que des opérations aboutissant à procurer du crédit ne se puissent rencontrer lorsque l'on étudie leurs institutions juridiques. Bien au contraire. Seulement, leurs jurisconsultes n'essayaient d'apparenter ces opérations à aucune notion générale; désireux, avant tout, de solutions pratiques, ils délaissaient volontiers les conceptions doctrinales. En outre, l'opération de crédit n'avait pas, chez les Romains, son importance actuelle; le plus souvent, celui qui contractait jouissait, par lui-même, d'un crédit suffisant. La Société romaine était essentiellement aristocratique. Le *paterfamilias* qui, seul, avait pleine capacité juridique, était riche et connu; il n'avait pas besoin de se procurer, auprès du banquier, un crédit qu'il possédait déjà. Ce rôle de « dispensateur de crédit », qui ne pouvait trouver son plein épanouissement que dans une société démocratique, ne devait pas être le rôle essentiel de l'*argentarius* romain.

Il n'en demeure pas moins, cependant, que les *argentarii* pouvaient être amenés à se porter garants de leurs clients, en particulier dans le cas où ces derniers faisaient des opérations à l'étranger : tel, par exemple, le commerce avec la Grèce.

A côté du *nexum*, le vieux contrat *per aes et libram* du prêt par double *stipulatio*, du grand contrat *re* qu'était le *mutuum*, du *nauticum foenus* ou prêt à la grosse aventure (5), le banquier avait recours à d'autres contrats qui, outre qu'ils impliquaient toujours la confiance, avaient pour résultat de procurer de ce crédit dont jouissait le banquier, à ceux qui en étaient dépourvus. L'ensemble de ces contrats se rattache à

(5) BACH, op. cit. p. 34 et suiv.

l'idée d'une garantie personnelle donnée par le banquier auprès d'une tierce personne, en faveur de son client.

Dans les débuts, tout porte à croire que ces opérations n'étaient autres que le cautionnement dont le formalisme n'allait pas sans créer des difficultés : ce contrat se réalisait *verbis* et exigeait de ce fait la présence des contractants. Or, le but d'une caution du banquier était avant tout l'octroi d'une garantie à quelque commerçant éloigné. Peut-être cela explique-t-il que le contrat *verbis* ait été peu en faveur auprès des banquiers romains, et surtout que le prêteur ait été amené à sanctionner, dès avant la fin de la République, par des actions *in factum*, deux pactes que la pratique des affaires avait inventés et qui ne présentaient pas les mêmes inconvénients que le cautionnement *verbis*. Ce sont : le *receptum argentarii*, et le *constitut*.

Du premier (*receptum* ou *recepticium argentarii*) nous savons peu de choses (6). Nous n'en trouvons pas trace au Digeste. Seule, une constitution de Justinien (Loi 2, C. de const. pec. 4-18) et un bref passage des Institutes (p. 8 et 9, I. 4, tit. 6) nous renseignent à son sujet. Nous savons qu'il était, ainsi que son nom l'indique, spécial aux banquiers et que sous Justinien, il n'était déjà plus en usage. Le *receptum argentarii* était le pacte « par lequel l'*argentarius* s'engageait vis-à-vis d'un tiers, à payer la dette de son client. » « Aliquid pro alio solvi receperunt. » (7). Ce pacte était, au moins à ses débuts, une simple opération de caisse : le banquier payait une tierce personne au moyen de fonds déposés entre ses mains par son client. Toutefois, le paiement s'effectuait parfois à découvert, et la nature même de l'engagement du banquier peut donner à penser que son principal résultat était d'appuyer un débiteur sans crédit, à l'aide d'une signature de personne réputée solvable. L'engagement du banquier différait essen-

(6) COLLINET. *Etudes historiques*, I, pp. 270-290.

(7) Girard, *Manuel de droit romain*, p. 616, note 4.

tiellement de celui de la caution, en ce sens, d'une part, qu'il ne comportait pas le bénéfice de discussion, et, d'autre part, qu'il était irrévocable, même s'il avait été consenti par erreur ou sans cause. Dans tous les cas, affirme Justinien, l'*actio recepticia* était accordée. Ce caractère irrévocable de l'engagement du banquier est tel qu'il a pu faire croire, à certains auteurs, que le *receptum* était, non pas un pacte prétorien, mais un contrat d'origine civile. Cette opinion tire même argument d'un texte de Justinien qui fait allusion à des termes solennels employés, à l'origine, à l'occasion de l'*actio recepticia*. En vérité, il y a là une confusion, car la solennité dont il s'agit n'est pas celle du pacte lui-même, mais de la formule de l'*actio recepticia*, qui, comme toutes les formules, consistait en des termes précis et solennels. Girard (8) considère à la suite de Lenel que, sans nul doute, le *receptum* était un pacte prétorien, et c'est, en effet, vraisemblable car l'origine prétorienne est un trait commun à toutes les institutions juridiques nées de la pratique des affaires.

Tombé en désuétude sous Justinien, le *receptum argentarii* s'était fondu avec le constitut; mais il avait contribué à l'« élargir », car, ainsi que nous le verrons, le *receptum* avait un caractère propre qui le distinguait nettement, à l'origine, du pacte de constitut. Ce dernier (9) est plus connu de nous que ne l'est le *receptum argentarii*. A l'inverse du *receptum*, il n'était pas spécial au banquier. C'était le pacte par lequel une personne s'engageait à payer à un jour déterminé, une dette préexistante. Le constitut était donc, au moins à son origine, un pacte dont le but était surtout d'obtenir un moratoire; il comportait essentiellement un engagement à terme; de là vient son nom (*constituere diem*). On a nié l'origine prétorienne du constitut, que l'on a voulu faire remonter au XII Tables, mais la majorité des auteurs, se fondant sur le caractère

(8) op. cit. p. 617, note 7.

(9) *Institutes* 4-6. De act. 8-9; *Digeste* 13-5; de pecunia constituta.

prétorien de l'*actio de pecunia constituta* persiste à penser que le constitut n'a jamais été un contrat prévu par le jus civile. « Il y a, si l'on veut, dit Girard, des actions prétoriennes qui sont devenues civiles ; nous ne connaissons pas d'actions civiles qui soient devenues prétoriennes ».

L'*actio de pecunia constituta*, par laquelle le prêteur sanctionna le constitut fut accordé dans deux espèces d'opérations qui aboutissaient, en dépit d'une unité de principe, à des effets notablement différents : le *constitutum proprii debiti*, ou convention par laquelle le débiteur s'engageait au sujet de sa propre dette, à l'égard de son créancier, et le *constitutum debiti alieni*, le seul qui nous intéresse, et qui, au contraire, portait sur la dette d'autrui. Dans ce dernier cas, en effet, le constitut aboutissait pratiquement à un cautionnement, toujours limité cependant à la garantie d'une dette préexistante.

Le *receptum argentarii* qui, lui, pouvait porter sur une dette future, différait à ce point de vue du constitut avec lequel il est pourtant allé se fondre. Il est douteux, en outre, que l'obligation née du *constitutum debiti alieni* ait eu ce caractère irrévocable de l'obligation que, par le *receptum*, contractait l'*argentarius*. Tout porte à croire, ainsi, qu'en s'incorporant au constitut, le *receptum* en ait considérablement étendu le champ d'application. C'est la seule hypothèse qui puisse expliquer cette confusion de deux institutions qui, bien que voisines, présentaient, à leur début, tant de différences.

Ce bref examen, s'il nous amène à reconnaître que des opérations de crédit étaient sanctionnées par le droit romain, nous permet aussi d'affirmer que c'étaient là des opérations accomplies au jour le jour selon les besoins du moment, et qu'aucune de celles que nous venons d'étudier ne présente le caractère essentiel de l'ouverture de crédit : celui d'avoir pour but la préconstitution du crédit.

L'ouverture du crédit se rencontre pourtant à l'état embryonnaire dès l'Antiquité grecque. Ne voyons-nous pas dans

le plaidoyer de Démosthène contre Zenothenis que le banquier a avancé à Protos les fonds d'un prêt antérieurement consenti ? (10). Cette réalisation d'une promesse antérieure ne nous rappelle-t-elle pas la promesse de prêt temporaire ?

La préconstitution du crédit se rencontre également à Rome, dans diverses opérations. L'une d'elles, la *permutatio*, porte, sous la plume de Cicéron, le nom de l'échange, auquel pourtant elle ne ressemble guère. Cicéron nous en révèle l'existence dans une lettre à son ami Atticus (11). Il lui annonce que son fils va partir pour la Grèce afin d'y faire ses études. Mais, il redoute de lui confier de grosses sommes d'argent. Il se demande si, en versant des fonds chez son argentarius romain, un banquier grec, correspondant du banquier romain, ne pourrait tenir à la disposition de son fils, arrivé à Athènes, le montant des sommes versées à Rome. « Id quero quod illi opus erit, Athenis permutatione possit, an ipsi ferendum est. » Il convient de remarquer que si Atticus répondit que l'opération était possible, il n'en demeure pas moins que cette possibilité a pu être mise en doute par Cicéron. C'est là une preuve que, tout en se rencontrant à Rome, l'ouverture de crédit n'allait pas au-delà d'une technique élémentaire, qu'elle était rare, de pratique exceptionnelle et qu'au temps même de Cicéron, elle n'était pas familière aux citoyens les plus en vue.

Le mandat de crédit (*mandatum pecuniæ credendæ*) qui est une institution proprement romaine, présente, lui, cependant un certain perfectionnement (12). La raison d'être du *mandatum pecuniæ credendæ* se trouve dans la nécessité qu'éprouvaient les Romains d'une institution aboutissant au cautionnement, tout en ne présentant pas les inconvénients

(10) Cf. HAMEL, op. cit. page 4.

(11) *Ad. Att.* Liv. XII, n° 24.

(12) Cf. Constandaky, *Le mandat de crédit* : Thèse Paris 1932.

déjà signalés du contrat *verbis*. Par le mandat de crédit, la personne qui entend se porter caution au profit du créancier donne mandat à ce dernier de prêter au débiteur. Cette opération aboutit, en effet, par une application assez curieuse des règles du mandat, à garantir une dette. La personne qui a donné mandat au créancier de payer est le mandant de ce créancier ; ce dernier, muni de l'*actio mandati contraria*, pourra, s'il n'est pas remboursé, exiger de son mandant le versement d'une indemnité correspondant au dommage que lui aura, de ce fait, causé l'exécution de son mandat (13).

Il semble, toutefois, que le *mandatum pecuniæ credendæ* n'ait pas simplement consisté en un simple cautionnement. Si nous en croyons M. Constandaky, il fut très pratiqué à Rome et dans des cas les plus divers. « Le but de l'opération, dit-il, est de faire obtenir un crédit à autrui ; sa conséquence est de garantir ce crédit. »

Ces deux institutions (*permutatio* et mandat de crédit) sont les seules qui puissent nous laisser supposer, sans cependant l'établir indiscutablement, qu'à Rome, une préconstitution du crédit pouvait, dans certains cas, être voulue des parties et sanctionnée par le droit.

Toutefois, ce sont là des exceptions. L'ouverture de crédit n'eut pas, par elle-même, de valeur juridique. Comme toutes les conventions ne faisant pas l'objet, de la part des parties, d'une exécution immédiate, la promesse de *mutuum* — *pactum de mutuo dando* — ne fut qu'un pacte nu (14) qui ne donna jamais naissance à une *actio in factum*, et qui, pour devenir obligatoire, devait, même sous Justinien, être muni d'une double stipulatio. Il apparaît, dès lors, que l'ouverture de crédit était bien rarement pratiquée ! Pour peu qu'elle eut été une convention courante, le prêteur n'eût pas manqué de la sanctionner ; Justinien, lui-même, qui ne refusa jamais rien aux

(13) Gaius 3-156; Inst. h, t. 6.

(14) Girard, op. cit. p. 450-451.

argentarii, eût certainement fait du *pactum de mutuo dando* un pacte légitime, dispensant ainsi créiteur et crédité des formes de la stipulatio, à laquelle les banquiers romains n'aimaient pas recourir et qui, pour sa réalisation, exigeait la présence des contractants. Parce que cette convention était rare, exceptionnelle, elle n'a jamais attiré l'attention ni du prêteur, ni de l'Empereur ; elle est ainsi demeurée en marge du droit sous l'aspect d'un simple pacte nu. Aussi nous faudra-t-il attendre l'époque où la stipulatio, tombée en désuétude, ne sera plus qu'une clause insérée dans les actes, puis celle où, sous l'influence des canonistes, l'on verra l'abolition de la règle : *ex nudo pacto non nascitur actio*, pour que le *pactum de mutuo dando* puisse devenir obligatoir.

Mais rien ne nous laisse supposer que même dans ce XV^e siècle où vit le jour la lettre de change, l'ouverture de crédit ait été d'une pratique courante. Au début même du XIX^e siècle, si riche en documents législatifs, le législateur la traite encore par le mépris. Seul, le milieu du XIX^e siècle, dont l'économie nouvelle va donner au crédit son plein épanouissement, consacrera l'entrée dans les mœurs de l'ouverture de crédit qui, désormais, fonctionnera normalement pour bien vite devenir une opération familière.

SECTION II

ETUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE SUR L'OUVERTURE DE CRÉDIT

Le développement relativement récent de l'ouverture de crédit nous explique qu'elle ait été à peu près entièrement ignorée de nos codes modernes : ils furent, en effet, généralement promulgués dans les trois premiers quarts du XIX^e siècle, à une époque, par conséquent, où le crédit n'était pas encore l'institution qu'il est devenu de nos jours. Plus, peut-

être, que de toute autre, on peut dire de l'ouverture de crédit qu'elle est née exclusivement de la pratique des affaires; elle lui doit son nom, sa technique, ses règles. Son aspect juridique n'apparaît donc — et souvent de manière incomplète — qu'à l'examen de la nombreuse jurisprudence qu'ont suscitée les difficultés entre les banques et leur clientèle, et que n'avait prévues aucune loi.

Toutefois, l'étude des rares documents législatifs relatifs à l'ouverture de crédit n'en est pas moins nécessaire, ne fut-ce que pour mesurer le peu de place qu'ils consacrent à cette opération : Les textes français, puis ceux des principaux pays feront donc ici l'objet d'un exposé succinct.

§ 1. — LES TEXTES DU DROIT FRANÇAIS

L'ouverture de crédit ne fait, en France, l'objet d'aucun texte de droit privé. Notre Code de Commerce, publié au début du XIX^e siècle, ne consacre aucun article aux opérations de banque : le développement du crédit n'avait pas, à l'époque de la publication de ce document législatif, atteint le stade auquel nous le voyons de nos jours.. Cela explique le silence de notre code. Des lois postérieures sont d'ailleurs venues compléter, sur certains points, les insuffisances de notre législation en ce qui concerne les opérations de banque : aucune loi n'a cependant été promulguée, donnant à l'ouverture de crédit un statut dans notre droit commercial.

La seule disposition législative concernant en France l'ouverture de crédit, est d'ordre fiscal. En raison même de son caractère, elle ne nous intéresse que très indirectement. Mais, ne fut-ce que pour mémoire, il nous apparaît nécessaire de la signaler : c'est la loi du 23 août 1871, article 5 (Code de l'Enregistrement, art. 271 § 7 - 4°).

Cette disposition a eu pour but de modifier le mode de perception que la pratique avait jusqu'alors instituée, en matière d'ouverture de crédit. La loi du 22 frimaire, an VII, n'a-

vait prévu aucun tarif pour l'acte d'ouverture de crédit. Aussi, l'administration avait-elle vainement prétendu pouvoir tarifier ces actes comme s'ils avaient constitué des prêts. L'ouverture de crédit n'est pas un prêt ; elle est en certains cas une promesse de prêt ; de ce fait, elle peut n'être suivie d'aucune réalisation, ou ne donner lieu qu'à une réalisation partielle. La perception immédiate du taux de 1 % (porté depuis à 1,50 %) sur le montant de la promesse pouvait constituer ainsi une mesure injuste et sans fondement, de la part de l'Administration. Aussi, seule donnait lieu à la perception du droit, la réalisation du crédit.

La loi du 23 Mars 1871 a eu pour but de modifier ce mode de perception, par l'adoption d'une solution moyenne. Elle a institué sur les actes d'ouverture de crédit un droit proportionnel de 0 fr. 50 %, porté depuis à 0 fr. 75 %. Cette disposition était en outre complétée par la suivante : « La réalisation du crédit sera assujettie au droit fixé par les lois en vigueur, mais il sera tenu compte, dans la liquidation, du montant du droit payé en exécution de l'alinéa qui précède ». Ainsi, l'acte d'ouverture de crédit donne-t-il, en fait, lieu par lui-même à la perception d'un droit de 1,50 %. Mais « cette perception est suspendue pour partie seulement, au lieu de l'être pour la totalité, jusqu'au moment de la réalisation » (15).

De nombreuses décisions de jurisprudence sont intervenues à la suite de la promulgation de cette loi. Mais une étude fiscale de l'ouverture de crédit dépasserait le cadre de notre étude. Elle serait, par ailleurs, inutile : La loi du 23 août 1871 a fait l'objet de nombreux commentaires et de fréquentes applications. Nous ne retiendrons d'elle que la conception que le législateur laisse à travers elle, apparaître de l'ouverture de crédit : une promesse de prêt, le prêt étant acquis dans son principe dès la signature de l'acte d'ouverture de crédit, mais ne se réalisant qu'ultérieurement.

(15) MAGUERO. *Rep. Enreg.* V^o Crédit, n^o 11.

Réserve faite de la loi du 23 août 1871, aucun texte de notre droit ne laisse la moindre place au contrat dont nous avons entrepris l'étude (16).

§ 2. — LES TEXTES DU DROIT ÉTRANGER BELGIQUE.

Pas plus que la France, la Belgique ne possède un statut de l'ouverture de crédit. Toutefois, contrairement à notre pays, il existe en Belgique certains textes de droit privé qui réglementent sur certains points l'ouverture de crédit.

Il convient, en premier lieu, de signaler l'article 80 de la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, modifiée par l'article unique de la loi du 25 avril 1889. Ces lois sont venues consacrer, en ce qui concerne l'ouverture de crédit, le principe antérieurement admis par la jurisprudence, de la validité de l'hypothèque prise en garantie de l'ouverture de crédit, et du rang de cette hypothèque à la date de son inscription, notwithstanding la réalisation ultérieure du crédit.

La seule condition que formule la loi de 1851 pour la validité de l'hypothèque est la détermination de la somme pour laquelle est garantie l'ouverture du crédit. A cette exception près, la validité doit être entendue dans son sens le plus large, sans qu'il y ait même lieu de considérer le mode de réalisation du crédit.

Cependant, la loi de 1851 usait, à ce sujet, de termes apparemment restrictifs, puisqu'elle ne prévoyait que « les époques successives de la délivrance des fonds ». Mais la loi du 20 mai 1872, dans son article 26 a fait bénéficier des garanties de l'hypothèque les porteurs éventuels d'effets de commerce mis en circulation en exécution de l'ouverture de crédit. La loi du 25 avril 1889 a enfin étendu la validité de l'hy-

(16) Voir cependant l'article 4 de la loi du 10 juin 1853 sur les sociétés de Crédit Foncier, où est envisagée l'hypothèse d'un prêt réalisant une ouverture de crédit.

pothèque à tout mode de réalisation du crédit, quels que soient « les engagements pris par le créiteur. »

En outre, la loi de 1889 décide que la réalisation du crédit pourra être établie par tous les moyens légaux. Complétant les dispositions de la loi du 20 mai 1872, elle accorde au créiteur le droit « vis-à-vis des tiers, de disposer de l'hypothèque, même si les obligations imputables sur le crédit sont représentées par des titres négociables. Toutefois le porteur de ces titres peut, par une opposition, suspendre les effets des actes de mainlevée ou autre, qui porteraient atteinte à son droit. » Et la loi réglemeute de façon assez détaillée les conditions dans lesquelles devra être faite cette opposition et elle en détermine les effets (17).

Une application des principes des lois de 1851 et de 1872 a été faite par une loi du 25 avril 1884 relative au crédit agricole. Cette loi, votée dans le but de permettre le développement de l'agriculture par l'octroi de prêts et de facilités aux agriculteurs, institue au profit du prêteur, un privilège conventionnel dont la validité n'est pas soumise comme celle de l'hypothèque, à l'existence d'un acte authentique. Seule, est nécessaire une publicité sur un registre spécial tenu par le receveur de l'enregistrement (art. 5). La date de l'inscription fixe le rang du privilège.

L'article 13 de la loi de 1884 prévoit le cas où le prêt est consenti en exécution d'une ouverture de crédit. Cet article sanctionne la validité du privilège institué par la loi, en tant que garantie de l'ouverture de crédit : « Le prêt, dit l'article 13, fait en exécution d'une ouverture de crédit, pour une somme déterminée, jouit du privilège conventionnel, sous les conditions de la présente loi. Le privilège prend rang, sans égard aux époques successives de la délivrance des fonds, laquelle pourra être établie par tous les moyens légaux. » Nous trouvons là une application au privilège con-

(17) Cf. FALLOÏSE, *op. cit.* n° 258 et suivants.

ventionnel garantissant l'ouverture de crédit agricole des dispositions de l'article 80 de la loi du 16 décembre 1851.

Telles sont, dans leur aspect général, les dispositions du droit privé belge, en matière d'ouverture de crédit. Ainsi qu'il apparait à la suite de ce bref examen, ces dispositions sont strictement limitées à l'ouverture de crédit garantie par l'hypothèque ou par le privilège conventionnel institué en faveur des prêteurs à l'agriculture.

Signalons enfin, l'existence de dispositions fiscales : une loi du 24 mars 1873 dans ses articles 67 et 68 a réglementé les droits d'enregistrement en matière d'ouverture de crédit, sur des principes analogues à ceux adoptés à cet effet par la loi française.

ITALIE.

Actuellement, aucune disposition ayant force de loi ne réglemente, en Italie, l'ouverture de crédit. Le Code de commerce italien, mis en vigueur en 1883, et remplaçant le code 1865 (qui n'était lui-même que la reproduction retouchée du Code Sarde de 1842), n'a consacré aucun article à ce contrat, connu en Italie, sous le nom d' « apertura di credito ».

Il n'en est pas de même du projet de nouveau Code de Commerce, terminé en 1929. Dans le livre II de ce projet, consacré « aux obligations résultant des contrats commerciaux », un titre VII « Dell'apertura di credito » comprenant les articles 374 à 379 inclus, contient certaines dispositions relatives à l'ouverture de crédit.

Il ne s'agit d'ailleurs pas là d'une réglementation précise et détaillée, mais de principes généraux que nul ne conteste et que la coutume et la jurisprudence auront consacrés bien avant le législateur.

La définition de l'ouverture de crédit, donnée dans l'article 374 du projet est une définition étroite. Elle ne s'applique qu'à l'ouverture de crédit réalisable par versements d'es-

pèces. « Con il contratto di apertura di credito, la banca mette a la disposizionni dell'accreditato, per un dato termine, una summa determinata.... » Cette définition ne marque aucun progrès sur les conceptions anciennes. Il est étonnant que d'éminents juristes italiens qui ont pourtant consacré au crédit documentaire de très sérieuses études, n'aient pas usé de leur influence pour engager la commission chargée d'élaborer le projet, à adopter une définition plus large de l'ouverture de crédit.

Les articles 375-376-377 déterminent les conditions des retraits et des remboursements d'espèces, en réalisation de l'ouverture de crédit : ce n'est là que la reproduction de règles déjà consacrées par les usages bancaires.

L'article 378 prévoit le cas où une garantie a été attachée à l'ouverture de crédit. Si par la suite cette garantie vient à perdre de sa valeur et s'avère insuffisante, le créancier est en droit d'exiger un supplément de garantie.

Enfin, l'article 379, relatif à l'ouverture de crédit en compte courant, se contente de renvoyer aux articles du projet concernant ce dernier contrat.

Les dispositions du projet de Code de Commerce italien ne constituent donc pas une œuvre à proprement parler originale. On ne saurait en faire grief aux auteurs du projet. Rien, dans notre domaine, n'est plus dangereux que l'originalité ! Les multiples formes de l'ouverture de crédit ne peuvent, en effet, faire l'objet que d'une prudente réglementation. En cette matière, il semble même que coutume doive passer droit ; les usages évoluent selon les besoins de la vie économique, et le juriste ne peut que se contenter de poser des règles éprouvées et définitivement acquises par la pratique. Ce sont sans doute ces considérations qui ont dicté aux juristes italiens l'attitude de discrétion et de réserve qu'ils ont adoptée dans la réglementation du Titre VII du projet de Code de Commerce. Nous verrons d'ailleurs que cette même attitude se retrouve dans tous les pays.

GRANDE-BRETAGNE.

L'Angleterre est la patrie du crédit. C'est dans ce pays que sa technique a atteint le plus de souplesse, le plus de perfectionnement et sa pratique le développement le plus intense. Cela s'explique, sans doute, par la situation économique de la Grande-Bretagne, la « Venise moderne », le banquier et le marchand de l'Univers. Cela se comprend mieux encore pour qui connaît le tempérament et les mœurs des Anglais. S'il est vrai que le crédit est à base de confiance, dans aucun pays le respect des conventions, la netteté des engagements, la sincérité dans leur exécution ne se trouve lui donner un fondement plus solide qu'en Angleterre. Nous n'en donnerons qu'une preuve : le service du contentieux est pratiquement inexistant dans la banque anglaise. On ne rencontre que peu de litiges dans le commerce britannique. Tout est affaire de sincérité, et toute divergence de vues aboutit à une transaction. Le procédurier est mis à l'index ; il est vite discrédité. Un procès n'est jamais engagé qu'en face d'une grave injustice dont la réparation amiable est refusée, ou en cas de malhonnêteté : les cas en sont très rares.

Ce fait mérite d'autant plus d'être retenu que, lorsque la banque anglaise s'établit en France, elle se voit, pour la France, obligée d'organiser un service du contentieux ! Constatons simplement que dans les affaires, les mœurs françaises diffèrent des mœurs anglaises. Constatons surtout que l'institution du crédit a pu trouver en Angleterre un terrain plus favorable à son développement qu'en France.

Il résulte de ces observations qu'en Grande-Bretagne le rôle du juriste, en matière d'ouverture de crédit, présente une très faible utilité. Le travail du juriste n'en est pourtant pas facilité pour cela : les seuls documents anglais qui soient à sa disposition sont l'usage et les coutumes bancaires, cristallisés parfois dans des textes dont l'empirisme qui les inspire cadre mal avec la technique juridique. Aucune loi ne rè-

glements l'ouverture de crédit. La jurisprudence est rare en la matière. Quant aux auteurs, ils décrivent l'opération, mettent en relief ses avantages, mais ne daignent généralement pas se pencher sur ses conséquences juridiques.

Mieux que toute autre pourtant, la banque anglaise sait ouvrir un crédit (*open a credit*). L'ouverture de crédit est très pratiquée sous toutes ses formes, en Grande-Bretagne, mais elle est acquise par un « gentleman agreement », non par une convention faisant l'objet d'un acte. Le client se contente de la parole du banquier : il n'a jamais à le regretter.

L'ouverture de crédit intéresse, ainsi, moins le juriste anglais que ne le fait l'opération de crédit. Les prêts (*loans*), avances (*advances*), découverts (*overdrafts*), les conventions d'escompte (*discount of bills*) sont mieux étudiés que la promesse dont ils font l'objet. En eux, seulement, réside quelque technique juridique.

Mais les opérations qui attirent le plus le juriste anglais sont celles du crédit documentaire. Chargé par l'Académie Internationale de droit comparé de rédiger un rapport sur l'ouverture de crédit en Angleterre, M. le Professeur H.C. Gutteridge estima que son attention devait se porter uniquement sur le crédit documentaire (18). En aucun pays les institutions de crédit documentaire ne sont plus riches de procédés qu'en Angleterre. Des conventions telles que le *trust receipt* qui supposent une confiance portée à son plus haut point, ne se trouvent en usage qu'en Angleterre, et, dans une certaine mesure, aux Etats-Unis. Une étude sur le crédit documentaire donnerait l'occasion de les examiner avec quelque attention.

AUTRES PAYS.

Un examen de la législation des divers pays, même de

(18) *Mémoire à l'Académie Internationale de droit comparé*, II, 2^e partie. Sirey 1934.

ceux dont le Code de Commerce est de date relativement récente, ne nous permet pas de retenir des documents intéressant directement l'ouverture de crédit.

En Europe, nous ne rencontrons à peu près rien qui mérite une attention particulière, à l'exception des pays auxquels une étude spéciale vient d'être consacrée à ce sujet.

Le Code de Commerce allemand ne fait aucune allusion à l'ouverture de crédit. Par contre, l'expression « ouverture de crédit » se rencontre dans l'article 778 du Code Civil du Reich allemand. Cet article, consacré au mandat de crédit est ainsi libellé : « Quiconque donne mandat à autrui d'ouvrir un crédit à un tiers en son propre nom et à son propre compte, répond, à titre de caution, envers le mandataire pour l'engagement du tiers, résultant de l'ouverture de crédit ».

Le Code de Commerce portugais publié en 1888, comprend un Livre II intitulé « Des contrats commerciaux », dans lequel un titre IX est consacré aux « Opérations de Banque » (art. 362 à 365). Aux termes de l'article 362 du Code de Commerce portugais, toutes les opérations de banque sont commerciales : procédant à l'énumération de ces opérations, l'article 362 cite, parmi elles : « les ouvertures de crédit ». Le législateur portugais ne paraît pas, ainsi, distinguer entre les opérations de crédit et l'ouverture de crédit, puisqu'il englobe celle-ci dans les premières. Après cette énumération de l'article 362, l'article 363 déclare que « les opérations de banque » sont régies par les dispositions spéciales concernant les divers contrats auxquels elles donneront lieu, ou dans lesquels elles finiront par se résoudre ».

Les autres législations européennes paraissent ignorer l'ouverture de crédit. Dans tous les pays, ce contrat est considéré comme l'œuvre de la coutume et demeure régi par elle. Dans l'étude qu'il lui a consacrée, un professeur roumain, M. Galesescu-Pyk (19), après avoir constaté l'absence de docu-

(19) *Contratul de deschidere de credit*, Bucarest 1929.

ments législatifs, en Roumanie, sur l'ouverture de crédit, considère, non sans raison, que dans la plupart des pays, comme dans le sien, l'empirisme fait loi, en la matière.

L'Amérique n'est guère beaucoup plus riche que l'Europe, en fait de documents législatifs relatifs à l'ouverture de crédit. Nous ne trouvons rien dans les Etats-Unis en fait de texte. Pourtant, les Etats-Unis sont avec l'Angleterre le pays où le crédit est le plus développé.

Les législations sud-américaines sont un peu plus riches en documents sur les opérations de Banque. Le Code de Commerce argentin, de 1890, consacre ses articles 558 à 571 aux prêts bancaires. L'article 791 du même code réglementant le compte-courant en banque, fait allusion au découvert en compte-courant. Enfin, les articles 484 à 491 contiennent une réglementation détaillée de la lettre de crédit : Mais l'ouverture de crédit ne fait l'objet d'aucune disposition. Il en était d'ailleurs de même dans le projet argentin de Code de Commerce, terminé en 1862, dont l'auteur est Segovia, et qui fut abandonné en raison des réformes par trop radicales qu'il contenait. Segovia avait consacré quelques articles aux opérations de banque ; mais il ne dit mot de l'ouverture de crédit : cet éminent juriste avouait lui-même son horreur d'élaborer une réglementation qui eût pu « violenter la vérité des faits » et gêner « le mouvement du progrès » (20).

Les autres Codes de l'Amérique du Sud ne consacrent également rien à l'ouverture de crédit. Le Code de commerce d'Uruguay (1866) traite de la lettre de crédit (*carta de credito*) dans ses articles 625 à 633 inclus. Le Code de Commerce du Vénézuéla (de 1919) paraît s'inspirer, en la matière, du Code argentin. Ses articles 526 à 531 sont consacrés au compte-courant en banque. De même que l'article 791 du Code argentin, son article 526 distingue entre le compte-courant provisionné

(20) SEGOVIA. Rapport au Ministre de la justice d'Argentine, du 18 mars 1887.

par un dépôt, et le compte-courant à découvert. La lettre de crédit fait l'objet des articles 500 à 507 du Code de Commerce vénézuélien, le prêt, des articles 532 à 536. Ici, comme dans toutes les législations sud-américaines, l'ouverture de crédit paraît méconnue, alors que d'autres opérations de banque font de la part du législateur, l'objet d'une certaine attention.

La vérité est que l'ouverture de crédit ne prête pas à une œuvre législative. En raison de sa complexité, ce contrat ne peut obéir qu'à un petit nombre de règles fixes; sa nature, trop diverse, nécessiterait, à qui voudrait entrer dans le détail, la confection de plusieurs statuts différents. Dans la mesure même où peuvent se dégager certains principes communs à toutes les formes d'ouverture de crédit, ceux-ci sont trop généraux, et suffisamment consacrés par les usages, pour qu'il soit besoin de légiférer sur eux. L'ouverture de crédit est née de la coutume : elle doit y demeurer. Le législateur fait preuve de sagesse lorsqu'il se refuse à l'inclure et à la fixer dans des textes définitifs : Le problème législatif de l'ouverture de crédit ne doit pas être posé.

CHAPITRE III

Les caractères de l'ouverture de crédit

L'analyse de la nature juridique de l'ouverture de crédit nous a permis de dégager ce que ce contrat contenait d'essentiel. Il convient maintenant de l'examiner en fonction de son aspect extérieur, afin de mettre en lumière ses traits distinctifs, ses caractères.

L'ouverture de crédit se présente toujours sous les caractères suivants :

- elle est un avant-contrat,
- elle est un contrat successif,
- elle est un contrat unilatéral,
- elle est un contrat à titre onéreux.

Seul, ainsi que nous le verrons, son caractère civil ou commercial varie selon les circonstances, mais loin de constituer une exception, ce phénomène se constate dans la plupart des autres contrats.

SECTION I

LE CARACTERE D' « AVANT-CONTRAT »

De par sa nature même, l'ouverture de crédit est, nous l'avons vu, un contrat dont le but est la préconstitution du crédit. De ce fait, elle précède nécessairement le contrat se formant à l'occasion de l'opération de crédit dont elle assure au crédit la réalisation éventuelle, dont elle prépare, en outre, les modes et conditions, mais dont aussi elle se distingue nettement. A ce titre, l'ouverture de crédit doit être considérée comme un avant-contrat (1).

(1) CAPITANT, *op. cit.* n° 28.

Bien que ce caractère soit le trait essentiel de l'ouverture de crédit (au point d'être le reflet le plus direct de sa nature juridique), il n'est cependant pas toujours reconnu par les auteurs. C'est ainsi que Falloise (2) admet fort bien que l'ouverture de crédit puisse porter sur des créances qui lui sont antérieures. Tout en reconnaissant que, par sa « nature », l'ouverture de crédit porte sur des opérations postérieures à sa formation, il déclare « qu'il n'est pas de l'essence de ce contrat que les créances antérieures soient exclues ». Pour cet auteur, « la notion et les règles générales du crédit ouvert ne s'opposent pas » à ce que le crédit comprenne des créances déjà échues lors de la formation de l'ouverture de crédit. La volonté des parties, souveraines en matière de contrats (art. 1134 C. Civ.) est libre d'en décider ainsi, une telle convention n'ayant rien de contraire à l'ordre public.

La jurisprudence semble, de prime abord, avoir donné un sérieux appui à cette conception, en particulier dans les arrêts statuant sur l'efficacité de l'hypothèque quant aux créances nées antérieurement à l'ouverture de crédit (3). Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 juin 1863 (4), tout en déclarant que « l'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert ne « couvre que les avances à faire en exécution de ce crédit » admet cependant qu'en cas de « stipulation expresse », le bénéfice peut en être étendu « aux avantages précédemment faits par le créateur au crédit ».

Le bien fondé d'une telle décision n'est, certes, pas contestable : une abondante jurisprudence consacre, d'ailleurs, l'efficacité de l'hypothèque consentie en garantie d'une dette antérieure à la constitution de l'ouverture de crédit, lors de la formation de ce contrat. Mais la Cour de Cassation, dans l'ar-

(2) op. cit. n° 40 et 147 et suiv.

(3) Cf. Lefrançois. De l'efficacité de l'hypothèque attachée à une ouverture de crédit, relativement aux remises de fonds antérieurs (B. J. 1876, p. 1073 et suivantes).

(4) D. 1863-1-337 et J. Pal. 1863 p. 1075.

rêt précité, ne paraît nullement admettre — et c'est pourtant là le seul point qui nous occupe — qu'en toute logique, une ouverture de crédit puisse, en certains cas, porter sur une créance qui lui serait antérieure. Bien au contraire, la « stipulation expresse » d'affectation que la Cour de Cassation exige, en pareil cas, laisse suffisamment apparaître qu'elle considère une telle convention comme comportant au moins une exception au caractère d'avant-contrat communément reconnu à l'ouverture de crédit (5).

Un arrêt plus récent de la même Chambre des Requêtes (6) admet cependant que les juges du fond lorsqu'ils déclarent qu'il résulte des faits et documents que la volonté des parties a été d'imputer sur le crédit ouvert toutes sommes dues, ne dénaturent pas la convention d'ouverture de crédit.

Cette décision, malgré la netteté de ses termes, ne paraît pas, toutefois, prendre parti et sanctionner le principe d'après lequel l'ouverture de crédit pouvant porter sur des dettes qui lui sont antérieures, ne présenterait pas nécessairement le caractère d'un avant-contrat. Si l'on examine les motifs de l'arrêt, il semble plutôt que la Cour de Cassation ait voulu consacrer une nouvelle fois le droit pour le juge de rechercher dans les contrats, au-delà même de la lettre — parfois obscure — la commune intention des parties, et de la sanctionner. Qu'il advienne parfois, en effet, que les parties baptisent « ouverture de crédit » une convention qui lui est, en réalité, étrangère, voilà qui, bien qu'indéniable, ne saurait suffire à motiver l'annulation de cette convention (alors qu'elle a été librement consentie), pour la simple raison qu'elle va à l'encontre des caractères de l'ouverture de crédit. La Cour de Cassation ne paraît guère vouloir dire autre chose lorsqu'elle affirme que les clauses dont s'agit « ne dénaturent pas la con-

(5) En ce sens : Gand 2 août 1878. Pas. 1878-2-180.

(6) Req. 10 janvier 1928. S. 1928-1-159.

vention ouverture de crédit ». Il faut entendre, selon nous : « la convention d'ouverture de crédit *telle que l'ont voulue les parties* ».

Quoi qu'il en soit, nous estimons qu'une telle convention n'est plus une ouverture de crédit ; elle est une promesse de payer une dette préexistante : un pacte de constitut. L'ouverture de crédit n'ayant pour but, de par sa nature même, que la préconstitution du crédit, ne porte que sur l'avenir .

■
* *

Du fait, cependant, qu'elle ne porte que sur l'avenir, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'ouverture de crédit soit un avant-contrat. On pourrait l'imaginer comme ne faisant qu'un tout avec les opérations de crédit qu'elle prévoit. C'est bien ainsi, d'ailleurs, que la considèrent les auteurs qui, faisant fi d'un texte formel, l'assimilent au contrat de prêt. L'ouverture de crédit, d'après eux, n'est autre chose qu'un prêt sous condition suspensive. (7)

Nous nous sommes déjà expliqués sur cette théorie. Nous avons vu ce qu'une conception tendant à assimiler l'ouverture du crédit au contrat de prêt a d'étroit, et, l'ignorance qu'elle comporte d'une notion objective du crédit qu'implique souvent ce contrat, dans la mesure où l'ouverture de crédit est une promesse de garantie, elle met ultérieurement le créancier en présence de tiers : il y a donc bien, à la suite de l'ouverture de crédit, la conclusion d'un second contrat « qui ne peut pas produire ses effets avant d'avoir été conclu », (8) et dont, d'ailleurs, la réalisation est moins conditionnelle qu'éventuelle.

Enfin, dans la mesure même où elle n'exige pas pour la réalisation du crédit, le concours d'un tiers, l'ouverture de crédit ne saurait, en aucune manière, être assimilée à un prêt,

(7) Cf. également l'article 4 de la loi du 10 Juin 1853 sur les sociétés de Crédit Foncier.

(8) Capitant, op. cit. n° 28.

quelles que soient les raisons doctrinales qui permettent de considérer, en toute logique, le prêt comme un contrat consensuel synallagmatique, et non comme un contrat réel et unilatéral. Un texte formel, en effet — l'art. 1892 du Code Civil — reprenant pour le prêt de consommation la formule de l'art. 1875 relatif au prêt à usage, détermine nettement le caractère réel et unilatéral du contrat de prêt. « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties *livre* (et non pas : *s'engage à livrer*) à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment à l'usage... etc... ». Aux termes de cet article, il ne fait pas de doute que le prêt ne se forme que *re*. L'ouverture de crédit précédant la livraison de la chose ne peut être donc un prêt : elle est une promesse de prêt.

*
**

Nous en arrivons ainsi à constater que, dans tous les cas, l'ouverture de crédit constitue une convention nettement distincte des contrats les plus divers qu'elle précède et qu'elle prépare ; elle est une promesse de contrat : un avant-contrat.

SECTION II

LE CARACTÈRE SUCCESSIF

La préconstitution du crédit, qui est la raison d'être de l'ouverture de crédit, confère à ce contrat un second caractère : celui de contrat successif.

Par « successif », on entend un contrat qui, à l'inverse de ceux dont l'exécution est simultanée à la formation, crée, dès sa conclusion, une situation temporaire entre les parties, au cours de laquelle s'accompliront les prestations envisagées.

Du fait qu'elle « préconstitue le crédit » pour une période déterminée où s'échelonneront *successivement* les opérations de crédit qui en sont l'objet, l'ouverture de crédit présente nettement les caractères d'un contrat successif. C'est là un point qui ne saurait faire de doute. D'ailleurs, l'opération de crédit

elle-même qu'elle prépare, constitue aussi, un contrat successif. La durée est de l'essence même du crédit. « Le crédit, disent les économistes, est une affaire qui commence dans le présent et se termine dans l'avenir » (9). Autant peut-être que l'acte de foi, le temps joue, chez lui, un rôle de premier plan. La valeur du crédit ne s'apprécie-t-elle pas selon la durée pour laquelle il est consenti ? Ce n'est pas sans raison que la science économique distingue le crédit à court terme du crédit à long ou moyen terme.

Signalons toutefois que le caractère successif du contrat, si important en matière de contrats synallagmatiques (en particulier lorsque le contrat donne lieu à résolution en vertu de l'article 1184 du Code Civil) perd ici tout son intérêt du fait que, nous allons le voir, l'ouverture de crédit est un contrat unilatéral.

SECTION III

LE CARACTÈRE UNILATÉRAL

Si le caractère successif de l'ouverture de crédit ne donne lieu à aucune conséquence pratique, il n'en est pas de même de son caractère unilatéral ; en particulier, la forme de l'acte d'ouverture de crédit est conditionnée par le caractère unilatéral ou synallagmatique de ce contrat. Aussi, n'est-il pas sans intérêt de montrer avec quelque netteté pourquoi l'ouverture de crédit doit être considérée, en dépit d'opinions contraires, comme un contrat unilatéral, ni de s'attarder sur les discussions auxquelles a pu donner lieu ce caractère du contrat que nous étudions.

*
**

De par l'ouverture de crédit, seul est obligé le créancier :

(9) BLOCK, *Les progrès de la science économique*, I. p. 481.

celui-ci s'engage, selon des modes et pour une durée déterminés, à réaliser le crédit au profit du crédité, dès que ce dernier en manifestera le désir. A l'inverse du créancier, le crédité ne contracte, en principe, par l'ouverture de crédit, aucune obligation; il ne doit rien au créancier. Que, plus tard, il réclame à ce même créancier la réalisation du crédit, il sera alors tenu à son égard à diverses obligations : mais ces obligations auront pris naissance, non dans l'acte d'ouverture de crédit, mais dans le contrat intervenant lors de la réalisation du crédit (10).

Sans doute, pourra-t-on à cela objecter que les conditions mêmes du contrat de réalisation du crédit sont prévues dans l'acte d'ouverture et que, de ce fait, les obligations du crédité, à la suite de la réalisation, trouvent leur principe dans l'ouverture de crédit. C'est ainsi que le remboursement d'un prêt, exécuté à la suite d'une ouverture de crédit, se fait pendant une période, selon les versements et moyennant en outre le paiement d'intérêts déterminés par l'ouverture de crédit. Cela est incontestable. Mais il n'en demeure pas moins vrai que le seul engagement actuel né du contrat d'ouverture de crédit, est l'engagement du créancier; l'obligation du crédité, si elle existe dans son principe, n'en est pas moins une simple obligation éventuelle dont l'existence est subordonnée à la conclusion d'un contrat subséquent, donc à des éléments étrangers au contrat d'ouverture de crédit lui-même.

Ainsi comprise, l'ouverture de crédit est, il est vrai, beaucoup plus un contrat synallagmatique imparfait qu'un contrat unilatéral. Mais une telle distinction, purement doctrinale, est inutile, l'une et l'autre catégorie étant, quant à leurs effets, assimilables. « Les commentateurs les plus récents du Code Civil, disent Aubry et Rau, repoussent cette sous-distinction

(10) Voir pourtant en sens contraire : Cass : Civ. 21 novembre 1849 (D. 49-1-275; S. 50-1-91); Req. 8 mai 1853 (S. 55-1-214); Req. 12 mars 1901 (S. 05. 1-439).

comme étrangère à notre droit moderne. Ils enseignent que la nature d'un contrat doit être déterminée au moment où il se forme, abstraction faite des circonstances ultérieures qui peuvent la modifier ; en conséquence, ils rangent dans la classe des contrats unilatéraux, tous ceux qui n'engendrent pas immédiatement des obligations réciproques à la charge des deux parties » (11).

A l'encontre de l'opinion pourtant généralement admise (12), d'après laquelle l'ouverture de crédit constitue un contrat unilatéral, ou tout au moins lui est assimilable, Falloise (13) voit dans l'ouverture de crédit un contrat synallagmatique. « Crédeur et crédité, d'après lui, s'obligent réciproquement l'un l'autre (art. 1102 C. Civ.) ». Et il ajoute : « Il est de la nature de l'ouverture de crédit que l'une de ces obligations ne peut exister sans l'autre ».

Cette opinion est des plus contestables. Le prétendu caractère de corrélation que présentent les obligations du crédeur et celles du crédité ne correspondent nullement, en dépit, parfois, d'apparences trompeuses, à la réalité. Nous espérons, en effet, avoir suffisamment établi que l'ouverture de crédit était un avant-contrat nettement séparé de sa réalisation qui, elle-même, constitue une opération contractuelle distincte. Mais si les obligations du crédité naissaient de l'ouverture de crédit elle-même, quelle serait donc, alors, la raison d'être du contrat de réalisation du crédit ? Ne nous trouverions-nous pas devant la situation paradoxale d'un contrat n'engendrant, par lui-même, aucune obligation ?

Non ! L'obligation à laquelle peut être tenu le crédité est toujours postérieure à l'ouverture de crédit. Au jour de la for-

(11) AUBRY et RAU, 5^e éd. IV § 341, note 2 ; Cf également LAURENT XV 435 ; HUC VII-4 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE I-11 ; PLANIOL et RIPERT, op. cit. Tome VI n^o 35.

(12) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit. IV, n^o 713.

(13) op. cit. n^o 7.

mation de l'ouverture de crédit, l'obligation du crédit n'existe que dans l'avenir, dans la mesure même où prendra forme le contrat de réalisation du crédit. Seul, le créancier est donc obligé par l'ouverture de crédit. C'est ce que nous entendons lorsque nous affirmons le caractère unilatéral de ce contrat.

*
*

Toutefois, remarquons la complexité des opérations de crédit qui peut, parfois, nous amener à rencontrer dans les actes d'ouverture de crédit, des clauses obligeant actuellement le crédit, et créer une certaine corrélation entre cette obligation actuelle et celle du créancier : telle est la clause par laquelle le crédit s'engage, en cas de baisse du cours des titres qu'il a remis en nantissement, à consentir un supplément de gage, « même si le crédit n'est pas encore réalisé » ; telle est, également, la clause par laquelle le crédit est tenu de verser une commission correspondant, non seulement à la période d'utilisation effective du crédit, mais à celle de la durée de l'ouverture de crédit ; c'est la rémunération non plus du risque, mais de l'affectation des capitaux (ou du crédit) consentie par le banquier pendant l'époque tout entière au cours de laquelle est ouvert le crédit. L'ensemble de conventions de ce genre jointes à la convention d'ouverture de crédit proprement dite, forme une sorte de super-contrat, à l'intérieur duquel ces diverses conventions se fondent. Nous ne nierons pas la corrélation existant entre ces diverses obligations et toutes les conséquences pouvant en résulter : *exceptio non adimpleti contractus*, résolution de l'article 1184 du Code Civil, etc... Mais, à l'intérieur de cette vaste convention, chaque clause (ou chaque groupe de clauses) correspond à une espèce contractuelle conservant son individualité, ses caractères : ouverture de crédit, nantissement, promesse de nantissement, stipulation de commission et intérêts, etc... Il convient, dans l'infinité variée des clauses que, grâce au principe de la liberté contractuelle

en vigueur dans notre législation, comprennent la plupart des conventions, de distinguer les clauses nécessaires des clauses accidentelles. Les premières seules importent lorsqu'il s'agit de découvrir dans un contrat ses caractères spécifiques. Nous disons donc, simplement, que prise dans ses clauses nécessaires, et correspondant de ce fait à la définition que nous avons donnée d'elle précédemment, l'ouverture de crédit est un contrat synallagmatique imparfait, assimilable, de la sorte, à un contrat unilatéral.

SECTION IV

LE CARACTÈRE ONÉREUX

L'ouverture de crédit est un contrat à titre onéreux. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer la personnalité même des contractants. Le créiteur est toujours un commerçant ; tantôt, il est un banquier, qui vit du commerce de l'argent ou de celui de sa signature ; tantôt, un fournisseur qui vit des opérations de quelque nature que ce soit, qu'il accomplit avec sa clientèle ; tantôt, enfin, une *holding*, ou une société-mère qui vit de ses seuls rapports avec ses filiales.

La doctrine est à peu près unanime à reconnaître que, dans l'ouverture de crédit, « chacune des parties recevant quelque chose de l'autre », ce contrat possède bien le caractère onéreux tel qu'a paru vouloir le définir le législateur, dans l'article 1106 du Code Civil. C'est bien à dessein que nous disons « a paru vouloir le définir ». Car, ainsi que le fait remarquer Planiol (II, n° 952), lorsque les auteurs du Code, dans cet article, ont défini le contrat à titre onéreux « celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose », « c'est la définition du contrat synallagmatique que le législateur répète là sans s'en apercevoir ; mais cela ne donne point l'idée du contrat onéreux, car il n'y a pas concordance parfaite entre les deux classes de contrats ».

Cette observation mérite d'autant plus d'être faite, ici, que l'auteur qui a consacré le plus d'attention à l'ouverture de crédit, Falloise, doit très certainement à cette confusion du caractère onéreux et du caractère synallagmatique de l'ouverture de crédit, les jugements erronnés qu'il a formulés sur les caractères de ce contrat. Cet auteur établit en effet un lien entre le prétendu caractère synallagmatique qu'il reconnaît à l'ouverture de crédit et son caractère de contrat onéreux (14). Pour lui, ce dernier caractère « est de l'essence même de la convention. Si le crédité n'était pas obligé de rembourser le créiteur des avances faites, le crédit serait nul ».

Cette opinion est des plus critiquables :

En premier lieu, il n'est pas, selon nous, exact de dire que le caractère onéreux soit de l'essence de l'ouverture de crédit. Il n'en serait tout au plus ainsi que si l'ouverture de crédit était nécessairement un contrat synallagmatique, car il ne peut y avoir de contrat synallagmatique à titre gratuit. Or, nous l'avons vu, l'ouverture de crédit est un contrat unilatéral.

En second lieu, lorsque Falloise déclare que si le crédité n'était pas obligé de rembourser le créiteur des avances faites, le crédit serait nul, il profère une affirmation qu'il ne prouve nullement. En suivant cet auteur lui-même dans son raisonnement — en admettant que l'ouverture de crédit soit un contrat synallagmatique — c'est moins de nullité que de résolution qu'il conviendrait de parler dans l'hypothèse qu'il envisage. En considérant, au contraire, comme unilatéral, le contrat d'ouverture de crédit, l'ouverture de crédit réalisée par des libéralités serait valable. Rien ne s'opposerait à une telle solution, et, c'est en effet un acte valable qu'accomplit dans certains cas, au profit de sa filiale, une holding, lorsqu'elle lui ouvre un crédit gratuit, par exemple lorsqu'elle ne réclame ni intérêt ni commission et même lorsqu'elle con-

(14) *op. cit.* n° 5.

sent — cas assez rare — à ne pas être désintéressée de ses avances !

Reconnaissons cependant que c'est là l'exception et que, dans la majorité des cas, l'ouverture de crédit, bien que contrat unilatéral, est un contrat à titre onéreux. Il n'y a pas, en effet, contrariété entre ces deux caractères, ainsi que paraît le dire Falloise. Sur ce point, la doctrine est unanime (15). L'ouverture de crédit, bien qu'elle soit un contrat unilatéral, peut également être un contrat à titre onéreux. A-t-elle, en effet, pour but une libéralité « une bienfaisance », ainsi que le dit l'art. 1105 du Code Civil ? Ou bien doit-elle au contraire aboutir à un avantage au profit de chacune des parties ? C'est la seconde hypothèse qu'il convient généralement d'admettre. Si le but du crédit est d'obtenir par l'ouverture de crédit le bénéfice du crédit, celui du créancier est de préparer une série d'opérations dont résultera à son profit un enrichissement, par suite de la perception des intérêts, commissions et agios. En vain, objecterait-on que ce sont là des obligations naissant à la charge du crédit du fait de contrats postérieurs à l'ouverture de crédit. Ce serait mal apprécier le caractère onéreux d'un contrat. Un contrat est onéreux, non pas tant par les obligations qu'il fait naître à la charge d'une partie et au profit de l'autre, que par le « motif déterminant », la « cause » des parties qui contractent. S'il existe, de leur part, une intention libérale lorsqu'elles donnent leur adhésion au contrat, il y a contrat à titre gratuit. Si, au contraire, elles envisagent, pour elles-mêmes, un bénéfice positif quelconque, il y a contrat à titre onéreux. C'est bien ce qui se passe, en principe, en matière d'ouverture de crédit : chacune des parties y entendant servir *directement* ses intérêts propres, l'ouverture de crédit est bien un contrat à titre onéreux.

(15) Cf. DEMOLOMBE, XXIV-24 ; LAURENT, XV-440 ; HUC, VII-5 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, I-16 ; Aubry et Rau IV § 341 ; Planiol, *Traité élémentaire*, II-952.

SECTION V

LE CARACTÈRE CIVIL OU COMMERCIAL

L'ouverture de crédit est généralement une opération de banque. A ce titre, elle constitue à l'égard du banquier créateur un acte de commerce. C'est là un point qui ne saurait faire de doute, étant donné les termes de l'art. 632-5° du Code de Commerce. « La loi répute actes de commerce.... toutes opérations de change, banque et courtage ».

Ce caractère d'acte de commerce doit même être, selon nous, reconnu à l'ouverture de crédit, lorsque le créateur n'est pas un banquier, car, envisagé sous l'angle « opération de banque », l'ouverture de crédit présente un caractère commercial absolu, quelle que soit la profession du créateur. Il n'en est plus ainsi lorsque l'ouverture de crédit se réalise par livraison de marchandises ; elle cesse, en effet, d'être une opération de banque. Toutefois, elle n'en demeure pas moins un acte de commerce, car elle est alors, assimilable à une promesse de vente à crédit, et il n'existe aucun motif de traiter ici la promesse de vente autrement que la vente. Or, il est communément admis, en dépit d'un oubli du code, que la vente peut être un acte de commerce : mais pour qu'il en soit ainsi, il faut, semble-t-il, — à défaut de texte formel — que le vendeur ait la qualité de commerçant et que la vente soit un acte de sa profession. Ne constituerait donc pas un acte de commerce l'ouverture de crédit intervenue entre deux agriculteurs et ayant pour objet des denrées agricoles. Par conséquent, l'ouverture de crédit diffère à ce point de vue selon qu'elle est ou qu'elle n'est pas une opération de banque. Elle ne présente le caractère absolu d'acte de commerce que si elle peut être rattachée à ce que Thaller appelle « la notion de circulation du crédit (16). »

(16) op. cit. n° 8 et 14.

Au regard du crédit, l'ouverture de crédit est tantôt commerciale, tantôt civile. Dans ce dernier cas, elle est un acte de commerce mixte. Si le crédit est commerçant, il semble résulter des art. 632 et 638-1° que l'ouverture de crédit doive à son égard, être présumée commerciale. Mais c'est là une simple présomption *juris tantum* : elle peut être détruite par la preuve contraire. Ainsi, l'ouverture de crédit n'est-elle, au regard du crédit, un contrat commercial que si le crédit est utilisé pour les besoins de sa profession commerciale : la théorie de l'accessoire trouve ici son application. Le caractère civil de l'ouverture de crédit ne fait, au contraire, aucun doute pour le crédit si ce dernier destine le crédit à des fins étrangères à son commerce, par exemple à son usage personnel, à l'entretien d'un immeuble d'habitation ou d'un domaine agricole, à l'achat de terrains pour les revendre après y avoir édifié des constructions (17), ou à l'acquisition et à l'exploitation d'une forêt (18).

Si, au contraire, le crédit n'est pas commerçant, l'ouverture de crédit est, en ce qui concerne le crédit, un contrat civil : tel est, par exemple, le cas de l'ouverture de crédit consentie à un notaire pour alimenter le fonds de roulement de son étude (19). Cependant, il est possible qu'exceptionnellement, le crédit utilise le crédit à des fins commerciales ; l'ouverture de crédit prend alors à son égard le caractère commercial.

Enfin, il est un cas où, quelle que soit la qualité des parties, l'ouverture de crédit est toujours, au regard de l'une comme de l'autre, un contrat commercial : c'est lorsqu'elle se réalise par la mise en circulation de lettres de change. C'est là une conséquence de l'art. 632-7° du Code de Commerce. La lettre de change, de par sa forme, est un acte de commer-

(17) Paris, 28 novembre 1851 (D. 1854-2-191 ; J. Pal. 1852-1-298).

(18) Paris, 24 mai 1864 (D. 64-2-216).

(19) Nancy, 30 décembre 1848, (D.1850-2-90).

ce ; le contrat préparant son émission ne saurait sur ce point être considéré différemment. Signalons, d'ailleurs, que cette solution, spéciale à la lettre de change, ne saurait être étendue au cas où l'ouverture de crédit donne lieu à la souscription de billets à ordre (art. 636 C. Com. (20), et à l'ouverture d'un compte courant (21).

La question s'est posée de savoir à quelle époque il convenait de se placer pour apprécier à l'égard de l'une et de l'autre partie, le caractère civil ou commercial de l'ouverture de crédit (22). Selon nous, c'est, en principe, au jour de la formation du contrat. Peu importe, en effet, que, par la suite, la qualité des parties ait subi quelque modification que ce soit. Il n'est cependant pas indifférent de connaître, par contre, l'utilisation réelle qui est faite du crédit. Si, par exemple, il était déclaré à l'acte que le crédité se faisait consentir un crédit pour son usage personnel et qu'il soit prouvé qu'en réalité ce crédit a été détourné vers des opérations commerciales, l'ouverture de crédit perdrait, au regard du crédité, son caractère civil : en conséquence, le Tribunal de Commerce serait fondé à se déclarer compétent pour statuer à la demande du créateur, sur un litige relatif à l'ouverture de crédit ; le crédité serait, en effet, justiciable de cette juridiction.

*
**

Ainsi que nous l'avons exposé, il est impossible de formuler une règle absolue en ce qui concerne le caractère civil ou commercial de l'ouverture de crédit. Comme dans la plupart des actes juridiques, ce caractère est essentiellement variable. A ce point de vue, l'ouverture de crédit ne constitue aucune exception.

(20) Paris, 17 avril 1850 (P. 1850-1-420 ; D. 1850-5-7) ; Amiens 28 mars 1887 (P.F. 1887-2-422).

(21) Gand, 20 mars 1880, (Pas. 1880-2-163).

(22) Amiens, 28 mars 1887 précité.

Signalons cependant, en terminant, ce que représente de primordial la découverte dans un contrat, de son caractère civil ou commercial : le tribunal compétent pour connaître des contestations survenant au sujet de cet acte diffère, selon ce caractère ; les modes de preuves ne sont également pas les mêmes dans l'un et l'autre cas ; les règles relatives au nantissement donné en garantie des obligations résultant du contrat, varient dans les mêmes conditions ; il en est également ainsi de celles relatives au taux de l'intérêt ; enfin, le crime de faux en écriture, selon qu'il porte sur des écritures privées ou des écritures de commerce, n'est pas sanctionné de la même peine.

Ces observations suffisent à mettre en lumière l'intérêt qui s'attache, en certaines circonstances, au point de savoir si l'ouverture de crédit est un contrat civil ou commercial.

CHAPITRE IV

Modes de réalisation de l'ouverture de crédit

Il a été indiqué, au seuil de cet ouvrage, que le mot « crédit » correspondait à deux notions différentes. Tantôt, mû par une confiance subjective en la personne du crédit, le créancier est amené à livrer entre les mains de ce dernier une certaine quantité de choses ou d'espèces, sans en percevoir immédiatement la contre-partie ; tantôt, au contraire, afin d'acquiescer auprès de tiers une aptitude à contracter, le crédit se fait « livrer du crédit » par le créancier, mais cette *livraison de crédit*, économiquement explicable comme un prêt, ne pourrait, juridiquement, s'opérer que selon les formes d'un contrat s'apparentant à l'idée générale de garantie personnelle du créancier au profit des tiers.

Ainsi, l'opération de crédit qui, sous quelque forme qu'elle s'opère, aboutit économiquement au même résultat, — la création d'un moyen ou d'une facilité de paiement — apparaît au juriste sous la forme des contrats les plus divers. Or, l'ouverture de crédit préparant une opération de crédit, subit fatalement dans ses effets, les variations pouvant exister dans la nature et la forme de ce second contrat. Promesse de contrat, elle peut être soit une promesse de vente ou de prêt, soit une promesse de garantie : encore n'indiquons-nous ici que des catégories extrêmement larges à l'intérieur desquelles se trouvent souvent des espèces distinctes les unes des autres.

Etudier les modes de réalisation du crédit, c'est donc, pour le juriste, s'adonner à la description et à l'analyse des espèces contractuelles sous lesquelles peut juridiquement se présenter une opération de crédit ; différentes dans leur nature, ces opérations le sont aussi dans leurs effets. Mais la re-

cherche de ces effets spéciaux à chacun de ces contrats, dépasserait le cadre d'un sujet qui ne saurait s'étendre qu'aux conséquences directes de l'ouverture de crédit ; les opérations de crédit ne nous intéressent en effet que dans l'hypothèse où une ouverture de crédit les prépare et dans leurs seuls rapports avec cet avant-contrat.

SECTION I

LES OPERATIONS DE CRÉDIT COMPORTANT UNE LIVRAISON DE CHOSES

§ 1. — LE CRÉDIT RÉALISABLE EN MARCHANDISES

Il arrive parfois qu'un fabricant ou un négociant en gros s'engage à livrer, pendant une durée et selon des modes et des conditions déterminés, une certaine quantité de marchandises ou d'objets fabriqués, à un client. Il est alors convenu qu'au fur et à mesure de ses besoins, ce client prendra livraison et ne paiera son fournisseur qu'à l'échéance d'un terme fixé.

Telle est l'ouverture de crédit en marchandises.

Ce genre de convention se rencontre dans le commerce de denrées alimentaires et de céréales. Le détaillant ne vend que rarement au comptant. Gêné dans sa trésorerie, il demande à son fournisseur qu'il ne pourra payer de quelque temps, de lui assurer le renouvellement des stocks dont il peut avoir besoin pour pourvoir à la demande de sa clientèle, et de lui accorder des facilités de paiement (tirage à 60 ou 90 jours, paiement à trois mois par virement postal ou de banque).

Des conventions analogues peuvent également être en usage dans l'industrie : le fabricant de produits finis ouvre à un commerçant détaillant un crédit d'objets fabriqués, celui-ci devant, en cas d'utilisation du crédit, payer son vendeur à terme plus ou moins long, parfois même simplement au fur et à mesure de ses reventes.

Prise à ses débuts, cette opération consiste en un engagement unilatéral de la part du fournisseur : il promet à son client de lui vendre à crédit jusqu'à une quantité déterminée, les marchandises faisant l'objet de la convention ; ce contrat est unilatéral, car il entraîne une obligation de vendre, mais non une obligation d'acheter ; c'est une promesse de vente à crédit et, par conséquent, un avant-contrat.

Certains auteurs considèrent, au contraire, sans d'ailleurs le prouver, que l'ouverture de crédit en marchandises ne peut faire l'objet d'une telle analyse. Tel semble être le point de vue de Lyon Caen et Renault, de Falloise, de Lefrançois (1). Pour ces auteurs, l'ouverture de crédit en marchandises est un type de contrat *sui generis*. A l'inverse de ces auteurs, MM. Carpentier et Frèrejouan du Saint assimilent l'ouverture de crédit en marchandises à l'ouverture de crédit en espèces (2) : pour eux, l'ouverture de crédit est toujours, quoi qu'il advienne, une promesse de prêt ; si même, la restitution des marchandises sur lesquelles porte le crédit doit consister en une somme d'argent, « c'est que les marchandises ont été estimées et que l'ouverture de crédit est censée porter sur les sommes que représente cette valeur », et non sur les marchandises elles-mêmes.

Cette dernière conception est la conséquence de l'état d'esprit déjà signalé, qui tend à assimiler coûte que coûte l'ouverture de crédit à une promesse de prêt. Elle est artificielle, contraire à la réalité des conventions et à l'intention des parties. En effet, que dans l'ouverture de crédit en marchandises, les marchandises soient estimées, voilà qui est indéniable, mais ce n'est là qu'un caractère propre à toutes choses faisant

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* IV n° 712 ; Falloise *op. cit.* n° 4 ; Lefrançois, *op. cit.* n° 20.

(2) *Répertoire alphabétique*, V° Crédit ouvert, n° 30 ; voir également : TORQUEBIAU : *Les garanties en matière d'ouverture de crédit*. Thèse Montpellier 1930.

l'objet d'un contrat de vente. Par contre, l'estimation est exceptionnelle dans le contrat de prêt; elle ne lui est pas essentielle pour la simple raison que le contrat de prêt suppose la restitution de l'objet prêté in specie ou in genere, non son équivalent en espèces. On ne saurait davantage confondre l'estimation des marchandises avec le prétendu versement de leur valeur en espèces : telle n'est pas l'opération qui intervient; tel non plus le but des conventions : ce sont les marchandises elles-mêmes et non leur valeur que, grâce à l'ouverture de crédit, veut se procurer le crédit.

Ainsi, estimons-nous, en dépit de ces opinions, que l'ouverture de crédit est bien assimilable à une promesse de vente, lorsqu'elle a pour objet des marchandises. Sa réalisation s'opère par l'acte d'achat du détaillant. Dès l'accomplissement de cet acte d'achat, la promesse de vente se transforme en vente ferme : le créancier est tenu de livrer immédiatement la marchandise qu'on lui réclame, le crédit est tenu à l'échéance du terme d'en payer le prix.

Cette transformation de l'ouverture de crédit en vente est assez remarquable : en effet, contrairement au cas où elle peut s'analyser en une promesse de prêt, l'ouverture de crédit, avant-contrat, se fond ici avec le contrat qu'elle a préparé, pour n'en devenir qu'un des éléments.

Du fait qu'elle doit se fondre avec la vente qu'elle prépare, l'ouverture de crédit en marchandises présente de grandes analogies avec l'offre du vendeur faite à un acheteur éventuel. On pourrait l'analyser comme une offre générale de marchandises pouvant donner lieu à une ou plusieurs ventes échelonnées pendant la période prévue à cet effet.

En matière commerciale, en effet, l'offre engage immédiatement celui qui la fait. Seul, l'acheteur a la faculté de l'accepter ou de la refuser. La seule différence pouvant être relevée entre la promesse de vente à crédit et l'offre de vente est que cette dernière présente un caractère plus général, en-

globant l'ouverture de crédit en marchandises qui ne s'applique qu'aux ventes à crédit, et qu'en outre elle est faite pour une durée plus brève.

Sous ces réserves, elle soulève les mêmes problèmes. La question peut se poser, en particulier, de savoir à quel moment l'ouverture de crédit en marchandises se transforme en vente, à quel moment par conséquent elle perd son caractère d'avant contrat pour devenir un des éléments du contrat synallagmatique.

Les opérations intervenant généralement par échanges de correspondance, la vente se réalise-t-elle lors de l'émission ou lors de l'arrivée de la lettre d'acceptation de l'acheteur ? Nous abordons ici la célèbre controverse existant entre les partisans du système dit de l'*émission* ou de la *déclaration* et le système de l'*acceptation* ou de l'*information*. Sans vouloir prendre parti sur le fond même de cette discussion d'ordre général, nous devons signaler que, dans le cas qui nous occupe, le problème revêt un caractère particulier qu'il n'a pas dans les cas ordinaires de vente commerciale ; l'ouverture de crédit en marchandises est, en effet, plus encore une promesse qu'une offre de vendre ; elle est consentie dans l'intérêt seul de l'acheteur, dans le but de lui assurer le maintien de ses stocks. Dès lors, il semble qu'il soit plus conforme à l'esprit de la convention de donner au crédit qui le désire le droit de se rétracter, s'il en est temps encore, et d'annuler télégraphiquement la réalisation du crédit qu'il avait réclamé dans sa lettre non encore parvenue au créancier. Ainsi, le système de l'acceptation trouve-t-il ici en sa faveur un argument particulier.

*
* *

Sous les réserves ci-dessus, nous estimons que, le mode de réalisation de l'ouverture de crédit en marchandises étant un contrat de vente, les règles générales de ce contrat y trouvent leur application et il semble d'ailleurs que cette application ne doive pas donner lieu à de sérieuses difficultés.

§ 2. — LE CRÉDIT RÉALISABLE EN AVANCES DE SOMMES D'ARGENT

La convention « type » d'ouverture de crédit, celle que la majorité des auteurs a seule considérée, s'analyse en une promesse de prêt de sommes d'argent. Par elle, le créancier, le plus souvent un banquier, s'engage à faire au crédit, ou à telle personne par lui désignée, une ou plusieurs avances de fonds, dans des conditions déterminées.

Lorsque le crédit doit se réaliser de la sorte, l'ouverture de crédit est assimilable à une promesse de prêt de consommation ; le prêt (ou les prêts) ne se forment que plus tard, lors de la remise des sommes d'argent (art. 1892 C. Civ.). Dès la livraison des espèces naît une obligation pour le crédit ; devenu emprunteur, il est tenu de rembourser au créancier, à l'échéance convenue, le montant du prêt que celui-ci lui a consenti. Ainsi, l'ouverture de crédit, avant-contrat, précède-t-elle en pareil cas un ou plusieurs autres contrats : des prêts ; elle commande à ces divers contrats, en ce sens que, les préparant, elle en détermine souvent les conditions, le montant, la durée. Mais elle demeure, quoi qu'il advienne une convention unilatérale toujours distincte du contrat également unilatéral qui lui fait suite, et cela, contrairement à ce que nous avons vu, ci-dessus, concernant l'ouverture de crédit en marchandises.

La réalisation du crédit par avances de fonds, bien que présentant les caractères d'un prêt de consommation (art. 1892, C. Civ.) fait cependant l'objet de procédés les plus divers. En effet, la remise des fonds peut s'effectuer entre différentes mains ; tantôt celles du crédit-emprunteur, tantôt celles d'un tiers, bénéficiaire ou non, de l'opération, et désigné par le crédit ; cette désignation elle-même peut s'accomplir selon les modalités les plus diverses. En outre, l'avance de fonds, si elle peut consister en une simple livraison d'espèces, peut aussi donner lieu à des transactions complexes : tel

est le cas de l'escompte des effets de commerce ou de tout autre titre mobilisable. Dans tous ces cas, l'avance se réalise sans doute sous la forme du prêt, dont apparaissent toujours les signes essentiels, mais elle revêt, selon que l'on a recours à l'un ou à l'autre procédé, des caractères distincts et donne lieu à des effets juridiques différents.

C'est la raison pour laquelle il convient, pour leur étude, d'examiner individuellement chacune de ces opérations.

A. — L'avance de fonds faite entre les mains du crédit.

L'avance de fonds faite entre les mains du crédit s'opère principalement sous deux formes : sous forme d'avances directes, ou remise pure et simple de fonds au crédit, ou sous forme d'escompte d'effets de commerce ou de tout autre titre négociable.

a) L'AVANCE DIRECTE. — C'est la forme la plus simple des avances de fonds. Lorsque tel est le mode de réalisation de l'ouverture de crédit, cette convention présente, à l'état pur, un caractère de promesse de prêt. Lorsqu'il désire bénéficier du prêt qui lui a été promis, le crédit se présente aux guichets du banquier et prélève selon ses besoins tout ou partie de la somme convenue, en remettant au banquier soit un reçu d'espèces, soit un chèque à l'ordre de lui-même dûment acquitté. Le crédit réalisera ainsi le crédit en une ou plusieurs fois, selon ses besoins, la réalisation du crédit n'étant parfaite que lorsqu'aura été prélevé le montant intégral des sommes prévues à l'ouverture de crédit.

Le plus souvent, les modes d'utilisation du crédit varient d'une ouverture de crédit à l'autre, quant à la durée du crédit. Généralement les ouvertures de crédit ne sont consenties que pour un temps assez bref qui est de trois ou six mois : les banquiers, en effet, ne font souvent que du crédit à court terme. Employant par les ouvertures de crédit les dépôts à vue qui leur sont confiés, ils sont peu enclins à immobiliser leurs fonds

pour une longue durée (3). Ils doivent toujours prévoir les demandes de remboursement que peuvent leur adresser leurs déposants, et, de la sorte, conserver toujours, à bref délai, la disposition des sommes qui leur ont été confiées. D'ailleurs, l'avance à court terme satisfait, dans la plupart des cas, les besoins du commerce.

L'avance à court terme revêt parfois le caractère d'un découvert permanent dont le montant peut varier jusqu'aux limites prévues à l'ouverture de crédit. La clientèle des banques y fait généralement appel en vue d'obtenir les sommes nécessaires à l'approvisionnement des matières premières servant à la production et sa durée coïncide avec la période allant de l'origine de la production jusqu'à la période de vente : ce genre d'avances prend alors le nom de crédit de campagne : le crédit d'emboûche fait aux éleveurs en est un cas particulier.

Le découvert ne peut, en d'autres cas, s'effectuer que par intermittence : l'ouverture de crédit prépare en pareil cas une facilité de caisse. Le but de la facilité de caisse est essentiellement de permettre à un commerçant d'obtenir les sommes dont il peut avoir besoin, du fait de la non coïncidence des versements qu'il effectue et des paiements qu'il reçoit. (Le découvert apparaît alors principalement aux échéances des effets tirés sur le crédit par ses fournisseurs, ou lors du paiement des salaires de son personnel). L'ouverture de crédit a donc pour effet de mettre le crédit à même de faire face aux difficultés de trésorerie pouvant résulter pour lui du décalage existant entre ses rentrées et ses sorties. Le découvert, en pareil cas, est donc, par sa nature même, bref et fréquent ; il ne dure parfois que quelques jours, mais revient tous les mois, tous les trois mois, tous les semestres..

Dans tous les cas, le mouvement du découvert est prévu

(3) Cf. le rapport de M. ARDANT, fait au nom de l'Union Syndicale des Banquiers de Paris et de Province, le 12 décembre 1936, au Conseil National Economique.

dans l'ouverture de crédit comme y est fixée la durée de l'engagement du créancier. Les règles du crédit à court terme veulent, qu'en principe, elle ne dépasse pas le maximum de six mois ; mais le crédit peut être renouvelé, et les parties usent le plus souvent de cette faculté de renouvellement.

Le crédit est parfois consenti à long ou à moyen terme. Dans le premier cas, l'avance a, le plus souvent, le caractère d'une opération financière et non celui d'une opération de crédit. Il se peut qu'un banquier avance des fonds à une société en vue de couvrir les frais d'installation ou les immobilisations de cette entreprise ; c'est là une opération de commandite et lorsqu'elle se réalise, une telle avance n'a pas fait généralement l'objet préalable d'une promesse, d'une ouverture de crédit.

Il existe, par contre, des ouvertures de crédit réalisables en avances à moyen terme. Il est fait appel à de semblables opérations par les entreprises accordant elles-mêmes du crédit à leur propre clientèle sous forme de facilités de paiement ; (fournisseurs des collectivités publiques, vendeurs à tempérament, etc...). En pareil cas, le commerçant, pour alimenter sa trésorerie, se fait lui-même consentir par son banquier une ouverture de crédit à moyen terme, pour une durée de six mois à un an, parfois dix-huit mois et deux ans.

*
*
*

Ces diverses opérations ne diffèrent donc, entre elles, que par les modes d'utilisation de l'avance. Il va sans dire d'ailleurs que les cas envisagés ici ne sont pas les seuls qui, en pratique, puissent se rencontrer ; les parties sont libres de décider des modes les plus variés d'utilisation des avances. En outre, de ce que nous n'avons, à titre d'exemple, montré que la nature des services que ces avances rendent au commerce, il ne résulte pas que ces avances ne puissent être faites qu'aux seuls commerçants ; les non-commerçants trouvent aussi leur

profit dans de telles opérations et ils ne manquent pas d'y avoir recours.

b) L'ESCOMPTE. — L'ouverture de crédit a souvent pour but des opérations d'escompte d'effets de commerce faits par le banquier créiteur au profit du crédit. En pareils cas, l'ouverture de crédit revêt encore son caractère de promesse de prêt.

L'escompte peut se définir : « l'acte par lequel un effet de commerce non encore échu étant, par utilisation de la clause à ordre, transmis par le porteur à un banquier, celui-ci remet en retour immédiatement, au porteur, le montant de cet effet, sous certaines déductions (4) », représentant le prix du service rendu.

Comme l'avance directe, dont l'étude vient d'être faite, l'opération d'escompte consiste en un prêt. Nous retrouvons, en effet, dans l'escompte, les éléments de ce dernier contrat : formation du prêt par le versement des espèces; obligations de rembourser à l'escompteur la somme prêtée. Mais, alors que, dans l'avance directe, le prêt nous apparaît sous la forme la plus simple, il revêt au contraire, dans l'escompte, un caractère complexe dû à la superposition sur le contrat de prêt d'autres conventions intervenant à l'occasion de la constitution et de la transmission des effets de commerce escomptés.

Comment se réalise le prêt dans une opération d'escompte ?

La livraison des espèces, nécessaire à la formation même du contrat, s'effectue aux guichets du banquier. Quant à leur remboursement, il s'opère en deux temps : en premier lieu par la cession, contre espèces, de l'effet de commerce, ou écrit constatant l'obligation soit pour le crédit, soit pour un tiers, de payer au porteur une somme d'argent à une échéance fi-

(4) Lyon-Caen et Renault, Manuel, n° 762.

xée ; en second lieu, par le paiement à l'échéance, fait sur présentation de l'effet cédé.

Cette analyse de l'opération d'escompte fut critiquée vers le milieu du siècle dernier. Pour certains, l'escompte n'était qu'un des aspects de l'achat de créance donnant lieu au tirage et à la cession de l'effet. Cette conception trouvait un appui certain dans la nécessité, pour que l'escompte puisse se réaliser, de l'insertion, dans le titre escompté, de la clause à ordre. On ne voulait considérer dans l'escompte que cette transmission conférant à l'opération toute son originalité et la revêtant, dès lors, non plus des caractères du prêt, mais de ceux d'une cession créance faite par l'escompteur.

Cette théorie retint à cette époque l'attention, à cause de ses conséquences pratiques. La limitation à 6 % du taux de l'intérêt conventionnel, en matière de prêt, était en vigueur de par la loi du 3 septembre 1807 ; elle devait priver le banquier escompteur d'une source de profits, l'escompte consistant en un prêt. Considérée, au contraire, comme un achat de créance, cette opération ne devait plus, en ce qui concernait la rémunération du banquier, subir aucune des restrictions existantes en matière de prêt ; elle ne tombait plus sous le coup de la loi de 1807.

La loi du 12 janvier 1886, en instituant en matière commerciale, la liberté du taux de l'intérêt, a fait perdre à cette controverse toute son acuité. Elle n'en présente, toutefois, pas moins un intérêt doctrinal certain.

D'accord en cela avec la presque unanimité de la doctrine(5), nous estimons que la théorie tendant à assimiler l'escompte à un achat de créance était dépourvue de fondement, et qu'elle allait à l'encontre de la tradition et des faits eux-mêmes. Pothier, dans son *Traité de l'usure* (Sesstion V, 5^e vol. p. 98 et suiv.), considère l'escompte comme se rattachant au

(5) Voir cependant ESCARRA op. cit. VI n° 602 et suivants.

prêt. C'est d'ailleurs comme un prêt que cette opération était généralement envisagée à son origine, et de la sorte, était possible des peines sanctionnant le délit d'usure le banquier escompteur qui percevait un escompte supérieur au taux de 6 %. Nous en trouvons la preuve dans l'article 8, alinéa 1 de la loi du 9 juin 1857 portant prorogation du privilège de la Banque de France et qui est ainsi conçu : « La Banque de France pourra, si les circonstances l'exigent, élever au-dessus de 6 % le taux de ses escomptes et l'intérêt de ses avances ». Le caractère exceptionnel de cette disposition qui apparaît à la lecture même du texte, et l'assimilation de principe qu'elle laisse apparaître entre le taux de l'escompte et celui de l'intérêt des avances, ne laissent dans l'esprit aucun doute sur le point faisant l'objet de la controverse que nous étudions. D'ailleurs, il est si vrai que l'escompte n'est pas un achat de créance que, ainsi que le fait très justement remarquer Thaller (6) « une vente ordinaire de créance ne donne pas à l'acheteur la certitude qu'il sera payé, et ne lui procure qu'un recours en garantie limité à la somme touchée par le vendeur... L'escompte, au contraire, donne à l'escompteur une assurance de remboursement et pour la somme intégrale du titre ».

A cet argument si décisif, nous ajouterons une dernière observation : la théorie tendant à assimiler l'escompte à une vente de créance, ne trouve aucun aspect de vraisemblance dans le cas où l'escompte se fait contre remise d'un billet *souscrit* par le crédité, à l'ordre du banquier escompteur : le titre comportant engagement de payer, de la part du souscripteur, une somme à une date déterminée, ne constate aucune créance dont ce souscripteur aurait été originairement le titulaire et dont il serait le vendeur dans l'opération d'escompte de ce billet. L'escompte à un client d'un billet à ordre souscrit par lui ne présente même pas les apparences d'un achat de

(6) op. cit. n° 1624.

créance. En pareil cas, au contraire, l'escompte se présente toujours bien avec les caractères du contrat de prêt.

Considérant, cependant, la complexité de cette opération, Thaller conseille de la « placer en dehors des autres contrats » et de voir en elle une convention *sui generis*. Nous ne pensons pas davantage que l'on puisse admettre cette opinion de l'éminent commercialiste. L'escompte ne présente pas une originalité telle qu'elle doive être considérée comme ne trouvant sa place parmi aucun des contrats nommés connus de notre droit écrit. En elle, se retrouvent, nous l'avons vu, les caractères essentiels du prêt. Ce prêt, sans doute, se complique d'une convention nouvelle, celle donnant lieu à la confectio et à la cession de l'effet de commerce escompté. Mais, cette dernière convention n'est autre chose que l'objet de l'obligation de l'emprunteur. Elle est, pour prendre une expression très voisine de l'art. 1892 C. Civil, le mode de « reddition de même espèce et qualité » des choses prêtées ; autrement dit, elle constitue un procédé spécial de remboursement, procédé que, dans son silence, la loi a laissé facultatif, et qui ne vient en rien porter atteinte à l'essence même du contrat de prêt.

Ce « mode de remboursement » qui, nous l'avons dit, s'effectue en deux temps, lors de la remise du titre à ordre et lors de son échéance, ne présente d'ailleurs pas un aspect uniforme. Il varie, selon le titre faisant l'objet de l'escompte.

1° *L'escompte des lettres de change*

L'ouverture de crédit se réalise souvent par l'escompte de lettres de change. Par cette opération, le banquier créancier livre au crédit des fonds à titre de prêt, le remboursement de ces fonds devant être fait par le paiement à son échéance, d'une lettre de change d'un égal montant (7), cédée

(7) montant auquel doit s'ajouter celui de l'escompte.

contre espèces, au banquier. Cette remise consiste le plus souvent en un tirage du crédit sur un de ses clients, à l'ordre du banquier ; elle peut consister aussi en la cession, faite par le crédit, d'une lettre de change qu'il a lui-même acquise d'un signataire antérieur.

A l'échéance, la lettre de change est présentée au tiré qui la paie. Le prêt effectué entre les mains du crédit est ainsi remboursé. L'opération de prêt se retrouve donc, dans l'escompte d'une lettre de change, mais avec un caractère plus complexe : au contrat de prêt se superpose le contrat de change.

Les règles de ce contrat de change engendrent d'ailleurs au profit du créateur, de grands avantages. Le premier est la possibilité pour lui, grâce à la clause à ordre, de mobiliser le crédit qu'il a consenti en se faisant réescompter les lettres de change dont il est tiers porteur et de rentrer ainsi dans ses fonds sans, pour cela, attendre l'échéance de ces titres.

Autre avantage : le banquier créateur qui a avancé les fonds contre remise d'une lettre de change à son ordre a acquis, du fait de cette remise, la qualité de tiers porteur. Cette qualité lui donne des garanties quant au paiement de la lettre de change, donc, quant au remboursement de son prêt.

En quoi consistent ces garanties ?

Sans vouloir pénétrer, ici, dans la technique de la lettre de change (ce qui dépasserait le cadre de notre étude), nous devons cependant énumérer les divers avantages qui constituent, pour le créateur, un supplément de droits lorsque l'ouverture de crédit qu'il consent doit se réaliser par des opérations d'escompte de lettres de change.

a) *Le créateur escompteur acquiert un droit de propriété sur la provision de la lettre de change* (art. 116, C. de Com.)

— Si la lettre de change n'est pas payée à l'échéance, le porteur a le droit d'exercer un recours contre le tireur, signataire de la lettre de change. Il possède, également, un droit de

recours contre le tiré lui-même. En effet, de la cession qui lui est faite d'une lettre de change, résulte au profit du porteur un transfert de la créance liquide et disponible que le tireur avait sur le tiré. Grâce à ce transfert, la créance est sortie du patrimoine du tireur : elle n'est, en premier lieu, plus atteinte par la saisie arrêt que les créanciers du tireur feraient entre les mains du tiré. En outre, le banquier escompteur titulaire de la créance peut, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire subséquente du tireur, exiger du tiré le paiement de la lettre de change et se prévaloir de ce droit à l'encontre de la masse. L'avance qu'il a consentie par l'escompte, se trouve être ainsi garantie ; en effet, au lieu d'être soumis à la loi du dividende, pour le remboursement de son avance, en produisant à la faillite ou à la liquidation judiciaire du tireur, il est fondé à réclamer au tiré le montant intégral de ses débours.

Ce droit du banquier escompteur de réclamer au tiré le paiement de la lettre de change existe même si cette lettre de change n'est pas acceptée. Mais, alors que l'acceptation crée un lien direct et absolu entre le tiré et le tiers porteur, le simple transfert de provision, dans la lettre de change non acceptée, ne lie le tiré que d'une manière limitée. Il convient d'abord que le tiré ait connaissance du transfert de provision ; à cet effet, le porteur est tenu, sous peine de le voir valablement se libérer entre les mains du tireur, de lui faire défense de payer en d'autres mains que les siennes ; cette défense, d'ailleurs, pourra se faire de façon fort simple : par lettre recommandée par exemple. En outre, le tiré qui n'a pas accepté peut opposer au porteur les exceptions qu'il pouvait opposer au tireur et il lui est, de la sorte, possible en outre d'obtenir du juge des délais de grâce. Enfin, le porteur qui actionne le tiré, en cas de non paiement à l'échéance, de la lettre de change, est tenu de fournir la preuve que ce dernier est débiteur en vertu de la provision et doit à cet effet produire à la barre tous titres et documents que le plus souvent, il doit, lui-même, se pro-

curer auprès du tireur ou de son syndic. L'expérience démontre, hélas ! trop souvent, que le tiers porteur trouve là des difficultés sans nombre pour l'exercice de son droit sur la provision ! D'où le grand avantage, pour l'escompteur, soit d'obtenir une affectation spéciale de la provision au paiement de la lettre de change qui lui est remise, soit surtout, de ne prendre à l'escompte que des lettres de change devant faire l'objet d'une acceptation.

b) *Le créiteur escompteur acquiert, en cas de non paiement, un droit de recours direct contre chacun des signataires antérieurs de la lettre de change.* — Aux termes de l'art. 117 nouveau du Code de Commerce (Décret-loi du 30 octobre 1935), le porteur est fondé, en cas de non paiement de la lettre de change à son échéance, à exercer un recours contre les endosseurs le tireur et les autres obligés, c'est-à-dire, s'il y a lieu, le tiré accepteur et l'avaliste.

Grâce à ce droit de recours, le banquier escompteur voit le remboursement des sommes qu'il a avancées garanti personnellement par tous les signataires de la lettre de change.

Ce droit de recours du tiers porteur est très étendu. Il revêt même un caractère absolu, en ce sens que le signataire contre qui il est exercé, se voit immanquablement condamné. Ce dernier ne dispose généralement, en effet, d'aucun moyen de défense : l'article 121 nouveau du Code de Commerce (Décret-loi du 30 octobre 1935) a consacré le vieux principe jurisprudentiel de l'inopposabilité au porteur de bonne foi des exceptions opposables au tireur ou aux précédents endosseurs. Il en a de même étendu la portée en ce sens qu'il y a soumis, non seulement le tiré, mais l'ensemble des signataires, tel, par exemple, l'avaliste.

Les seuls moyens de défense dont peuvent alors se prévaloir certains signataires à l'égard du porteur qui exerce contre eux son recours sont les exceptions fondées sur les déchéances encourues par le porteur négligent. Encore, ne peuvent user

de ces exceptions que le tireur, les endosseurs et l'avaliste, lorsque la signature de celui-ci ne garantit pas celle du tiré accepteur. En effet, le tiré accepteur et son avaliste demeurent obligés, même à l'égard du tiers porteur qui n'a pas fait diligence. Cela s'explique : les diligences ne sont en effet imposées au porteur que pour la sauvegarde des droits des endosseurs et du tireur à l'égard de l'accepteur lui-même.

Reposant sur un droit direct à l'égard de chaque signataire, le recours du porteur constitue donc pour le banquier une garantie très solide pour le remboursement de ses avances. Il est l'un des grands avantages que le créancier trouve à ouvrir un crédit réalisable par l'escompte d'effets de commerce.

c) *Le créancier escompteur bénéficie des avantages résultant de la solidarité existant entre tous les signataires de la lettre de change.* — A l'inverse de cette indépendance existant en vertu du principe de l'opposabilité des exceptions, au profit du porteur dans son droit sur chaque signataire, l'art. 151 du C. de Com. institue un lien de solidarité entre tous les signataires à l'égard du porteur « Tous ceux qui ont tiré, accepté, endossé ou avalisé une lettre de change, dit cet article, sont tenus solidairement envers le porteur ». Ainsi jouit-il de tous les avantages de la solidarité : il peut poursuivre soit simultanément, soit dans l'ordre qui lui convient, individuellement ou collectivement, et chacun pour le tout, les signataires de la lettre de change.

d) *Le créancier escompteur obtient, contre les co-obligés de la lettre de change, des mesures conservatoires et des voies de procédure rapides.* — Si le législateur a fait bénéficier le tiers porteur de droits de garantie très solides quant au paiement de la lettre de change, il a, en outre, entendu lui faciliter l'exercice de ces droits, en lui accordant des mesures conservatoires et des voies d'exécution rapides qui contribuent à donner à cette garantie sa pleine efficacité.

En premier lieu, l'art. 158 du Code de Commerce accorde au porteur, sur simple protêt faute de paiement, la possibilité, moyennant la simple autorisation du juge (en l'occurrence le Président du Tribunal de Commerce) de saisir conservatoirement « les effets mobiliers des tireurs, accepteurs et endosseurs ». Ainsi, à l'exception de l'avaliste (et l'on peut, d'ailleurs se poser la question de savoir si cette exception n'est pas simplement un oubli du législateur), tous les signataires sont-ils, en cas de non paiement de la lettre de change, exposés à voir leurs biens mobiliers saisis conservatoirement à bref délai. Ces biens se trouvent ainsi constituer, moyennant les brèves formalités, un gage sûr à la portée du banquier escompteur.

En outre, le législateur fait bénéficier le tiers porteur dans l'exercice de ses recours, de voies rapides. C'est ainsi que l'art. 632 du Code de Commerce réputant actes de commerce « entre toutes personnes, les lettres de change », les actions résultant de la lettre de change sont de la compétence des juridictions consulaires, dont les jugements sont obtenus au moyen de procédures plus simples et moins lentes que celles qu'il convient d'engager auprès du Tribunal Civil. C'est là, également, un grand avantage pour le tiers porteur qui exerce son recours ; à cet avantage s'ajoute la possibilité, sur présentation de la signature du défendeur sur une lettre de change, d'obtenir contre lui, contradictoirement ou par défaut, un jugement sur le siège, et de se voir accorder l'exécution provisoire du jugement nonobstant appel et sans caution.

Signalons enfin l'exception que l'art. 182 nouveau du Code de Commerce reprenant en cela les dispositions de l'ancien article 157, apporte à l'article 1244 du Code Civil, en interdisant au juge d'accorder, en matière de recours de change des délais de grâce au débiteur. C'est là encore un nouvel avantage en faveur du tiers porteur. Toutefois, cette interdiction des délais de grâce, n'a pas, en pratique, été respectée par les Tribunaux. Le Tribunal de Commerce de la Seine, en par-

ticulier, accorde, malgré ce texte formel, et semble-t-il, sans fondement juridique, des délais au débiteur de bonne foi ; le juge des référés commerciaux les prolonge même, souvent, au-delà de toute mesure ; enfin, certaines dispositions législatives votées au lendemain de la guerre et, tout récemment, en raison de la crise économique, sont venues adoucir considérablement les rigueurs de ce principe. Mais, il n'en demeure pas moins écrit dans notre Code : « Aucun jour de grâce, ni légal, ni judiciaire, n'est admis ».

e) *Le créateur escompteur est assuré du remboursement de ses avances nonobstant les oppositions faites, par ses propres créanciers, entre les mains du tireur ou du tiré.* — Il a été dit que le banquier qui a consenti une ouverture de crédit réalisable par l'escompte de lettres de change, est remboursé de son avance par le paiement fait par le tiré, sur présentation de la lettre de change à l'échéance.

Or, l'article 140 du Code de Commerce stipule « qu'il n'est admis d'opposition au paiement d'une lettre de change, qu'en cas de perte ou de faillite du porteur ».

L'avantage résultant pour le créateur de cette disposition apparaît à la simple lecture du texte. Lorsque le créateur a, en exécution de son ouverture de crédit, effectué des avances directes au crédit, le remboursement de ces avances peut être rendu impossible par une saisie-arrêt pratiquée par ses propres créanciers entre les mains du crédit ; au contraire, dans le cas d'avance par escompte, une saisie-arrêt faite entre les mains du tiré ou du tireur par les mêmes créanciers est inopérante.

C'est là une mesure favorable au créateur dont l'ouverture de crédit se réalise par l'escompte des lettres de change. Elle aboutit en fait à soustraire du gage de ses propres créan-

ciers la créance dont il devient titulaire en réalisant le crédit (8).

*
**

Tels sont les avantages que constitue, pour le banquier, l'escompte des lettres de change, comme mode de réalisation de l'ouverture de crédit; grâce au droit du change, le remboursement des avances consenties par le banquier se trouve être solidement assuré. Toutefois les actions résultant de ce contrat de change sont de brève durée : elles se prescrivent, selon les cas, pour trois ans, un an ou six mois (art. 170 du C. de Com.). Il ne faudrait cependant pas en conclure que passés ces délais toutes actions au profit du créancier non payé seront éteintes. Celui-ci détient toujours l'action accordée au créancier qui ayant prêté n'est pas remboursé par son emprunteur, action revêtant sans doute un caractère ordinaire, et dépourvue des avantages relatifs à celle du tiers porteur, mais qui, par contre, n'est prescriptible que par 30 ans. Signalons enfin que les avantages du tiers porteur ne sont pas absolument sans contre-partie; à l'égard du tireur et des endosseurs antérieurs, le banquier escompteur assume, en effet, les obligations de tout tiers porteur, par exemple celles relatives à la présentation, à l'acceptation et au paiement de la lettre de change, dans les délais légaux; à la formalité du protêt à faire dresser en temps utile, en cas de refus d'acceptation ou de paiement; aux avis à adresser aux signataires antérieurs dans ces deux derniers cas. Cette dernière obligation est sanctionnée par des dommages-intérêts : les deux premières le sont par des déchéances. Mais, il a été dit que ne peuvent s'en prévaloir l'accepteur et son avaliste qui, eux, demeurent obligés à l'égard

(8) Pour le cas où la saisie-arrêt serait antérieure à la lettre de change, où le porteur serait de mauvaise foi, et où le tireur aurait émis une lettre de change en l'antidatant, cf. DESCHAMPS : op. cit. 1^{re} partie, nos 103 et 133.

du porteur, même si ce dernier n'a pas été diligent. Enfin, la clause dite « de retour sans frais », insérée fréquemment dans les lettres de change, allège considérablement, au profit du banquier escompteur, les obligations que la loi impose au tiers porteur et dont la rigueur s'accommode souvent mal avec la nécessité du commerce et même du crédit.

2° L'escompte des billets à ordre

L'escompte des billets à ordre est une opération courante, et souvent prévue dans les ouvertures de crédit, comme mode de réalisation du crédit. Il y a alors lieu de distinguer, dans cette opération, selon que le crédit remet au banquier, contre espèces, un billet dont il est tiers porteur, ou dont il est souscripteur. Dans le premier cas, en effet, l'escompte du billet à ordre revêt des caractères à peu près semblables à ceux de l'escompte de la lettre de change, le remboursement des sommes avancées à titre de prêt s'effectuant par la remise d'un titre constatant une créance sur un tiers qui paiera à l'échéance.

Il n'en est plus de même lorsque le crédit est personnellement souscripteur du billet à ordre. En pareil cas, le titre escompté ne constate plus une créance sur un tiers : à l'échéance, ce sera donc le crédit lui-même qui effectuera le remboursement du prêt qui lui a été consenti, en payant le billet à ordre qui lui sera présenté.

Cette particularité mérite d'être signalée car elle pourrait faire douter de ce que cette opération constitue un contrat d'escompte. Les partisans de la théorie d'après laquelle l'escompte serait une cession de créance ne manqueraient même pas de le nier, puisque le titre cédé et escompté ne constaterait plus ici une créance sur un tiers. On serait, en effet, tenté de faire remarquer que l'avance consentie contre remise d'un billet souscrit par le crédit ressemble à un prêt pur et simple et qu'il n'existe dans le mécanisme de cette opération, pris en lui-même, qu'une faible différence entre la remise d'un bil-

let souscrit par l'emprunteur et celle d'une reconnaissance de dette contenant un engagement de rembourser à une date déterminée.

Il ne convient cependant pas de s'arrêter à ces apparences trompeuses : l'opération envisagée revêt, croyons-nous, dans tous les cas, les caractères d'une opération d'escompte. Le titre remis ne constate plus, il est vrai, une créance sur un tiers ; mais tel ne doit pas être le caractère nécessaire d'un titre escomptable. L'escompte n'est pas une cession de créance ; elle est un prêt effectué contre remise d'un titre constatant un engagement de payer à terme ; il n'y a pas lieu de distinguer selon que la personne obligée de payer est l'emprunteur ou un tiers ; dans l'un et l'autre cas, l'escompte se retrouve dans son essence même : une avance immédiate contre un titre de paiement à terme. D'ailleurs, il serait illogique de considérer comme différente une opération en tous autres points identique, selon que le crédité serait souscripteur ou simplement porteur du billet à ordre ; ce serait distinguer là où la loi ne distingue pas. Il apparaît en effet que le législateur a voulu faire du billet à ordre un titre escomptable dans son essence même : son caractère mobilisable, la nécessité que la clause à ordre y soit insérée, les recours cambiaires auxquels il donne lieu, en constituent une preuve suffisante. Souscrit par l'emprunteur, il est donc autre chose qu'une simple reconnaissance de dette, une simple promesse de paiement. Il est par lui-même générateur de droits garantissant le paiement en espèces, à l'échéance ; sa remise est déjà la première phase de la libération du débiteur.

Cependant, et quelle que soit l'identité de nature de cette opération, l'escompte du billet à ordre présente, lorsque le billet est souscrit par le crédité, un avantage au profit de l'escompteur, avantage que ce dernier ne retrouve plus dans le cas d'escompte d'un billet cédé par un simple porteur. Le souscripteur du billet à ordre est, en effet, aux termes de l'ar-

ticle 188 C. Com. « obligé de la même manière que l'accepteur d'une lettre de change », alors, au contraire, que le tiers porteur du billet à ordre n'est tenu que de la même manière que celui de la lettre de change. Cette différence mérite d'être signalée, car le créancier qui a escompté un billet à ordre à son souscripteur se trouve en face de ce dernier dans la situation d'une personne ayant sur une autre des droits de tiers porteur, sans, pour cela, être tenu à peine de déchéance, d'exécuter les obligations qui incombent à ce dernier : l'accepteur, comme qui est tenu le souscripteur, ne peut, en effet, opposer au tiers porteur les déchéances résultant de sa négligence. Cet avantage que trouve le créancier dans l'escompte d'un billet à son souscripteur, n'existe pas lorsque le crédit est simplement porteur du billet qu'il cède au banquier. En pareil cas, en effet, le banquier sera tenu à son égard, à peine de déchéance, aux obligations qui sont à la charge du tiers porteur.

C'est là, sans doute, l'une des raisons pour lesquelles la plupart des ouvertures de crédit réalisables par escompte de billets à ordre, prévoient la souscription des billets par le crédit lui-même. Grâce à cette opération, en effet, le crédit est obligé sans exception, ni réserves, et quoi qu'il advienne. Sans doute, dans tout billet, y a-t-il un souscripteur nécessairement obligé de la sorte. Mais, dans l'opération envisagée, le souscripteur est connu du créancier ; il a sa confiance. Un tel engagement, aussi absolu, souscrit par un tel débiteur, présente à ses yeux une valeur particulière.

L'article 185 du Code de Commerce, soumettant le billet à ordre aux règles de la lettre de change, ces observations termineraient notre examen sur l'escompte du billet à ordre, si ce dernier titre ne présentait un autre caractère dont la répercussion se manifeste dans l'opération d'escompte elle-même. Aux termes des articles 636 et 637 du Code de Commerce, les signataires d'un billet à ordre, contrairement à ceux d'une

lettre de change, peuvent être obligés civilement lorsqu'ils ne sont pas commerçants et lorsque le billet à ordre n'est pas utilisé à des fins commerciales. Dans ce cas, le Tribunal Civil est donc seul compétent pour connaître des actions intentées contre le souscripteur et les signataires successifs, par le porteur qui n'a pas été payé à l'échéance ; si telle est l'hypothèse, le banquier créateur qui a accepté l'escompte des billets à ordre, ne bénéficie plus, en cas de non paiement, des avantages de la procédure commerciale.

Ces réserves faites, l'escompte du billet à ordre présente les mêmes caractères que celui de la lettre de change, aux règles de laquelle il est soumis. L'opération aboutit aux mêmes avantages pour le créateur (possibilité de mobiliser sa créance, recours cambial) ; sa nature enfin est dans l'un et l'autre cas, identique : l'escompte du billet à ordre demeure bien un prêt renforcé par les règles du droit du change.

3° *L'escompte des warrants* ,

L'escompte des warrants constitue une opération très fréquemment usitée dans les grands centres d'importation, mais cette opération fait rarement l'objet d'une ouverture de crédit. Cela provient de la nature même du warrant qui confère à l'escompteur une sûreté réelle sur les marchandises auxquelles il correspond et qui doivent être préalablement déposées dans des magasins généraux. Or, la constitution de cette sûreté et son efficacité étant son motif principal d'accepter l'escompte du warrant, le banquier exige, avant de s'engager, d'être en mesure de voir les marchandises warrantées, de les estimer lui-même et, au besoin, de les faire expertiser. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que les marchandises soient arrivées à destination. De là, la tendance du banquier à refuser tout engagement d'escompter des warrants non encore constitués et correspondant à des marchandises hors de son contrôle.

Une autre raison motive d'ailleurs un tel refus : c'est la

durée excessive de la période allant de la date de l'ouverture de crédit à celle de la constitution du warrant et au cours de laquelle d'importantes fluctuations peuvent intervenir dans le cours des marchandises à warranter.

Ces considérations expliquent le peu de faveur dont jouissent auprès des banquiers, les ouvertures de crédit réalisables par l'escompte des warrants. Dans les rares cas où le banquier consentira de telles ouvertures de crédit, il ne devra le faire qu'avec circonspection : il n'acceptera, en premier lieu, de n'escompter le warrant que pour une fraction de la valeur totale de la marchandise qui sera déposée dans le magasin général, se réservant ainsi une marge le garantissant d'un fléchissement éventuel dans les cours ; en outre, il subordonnera son acceptation à la condition que la valeur totale de cette marchandise atteigne effectivement une somme déterminée, ce qui devra être établi par une expertise dont l'auteur sera d'ores et déjà désigné.

Lorsque sont prises ces précautions, l'escompte des warrants peut constituer normalement un mode de réalisation d'une ouverture de crédit, et il présente de grands avantages : ce sont, d'abord ceux précédemment indiqués, au sujet de la lettre de change et du billet à ordre auxquels s'apparente le warrant puisque, comme eux, il est un effet de commerce. A ces avantages, le warrant en ajoute un autre, très important et qui lui est propre : celui de conférer à son porteur une sûreté réelle de premier ordre qui bénéficie de faveurs particulières de la part du législateur (loi du 28 mai 1858).

Des premiers avantages, déjà étudiés à propos de la lettre de change, nous dirons peu de choses. Au reste, à raison du caractère subsidiaire des recours personnels en matière de warrant, leur importance est le plus souvent d'ordre secondaire (art. 9 loi du 28 mai 1858). En effet, il n'y a lieu de les exercer en cas de non paiement que tout autant que la réalisation des marchandises warrantées n'a pas atteint le montant

des sommes avancées contre remise du warrant, ce qui est rare, étant donné que les banques n'escomptent le plus souvent les warrants que pour une somme inférieure à la valeur des marchandises auxquelles ils correspondent.

Toutefois, le cas se présente parfois, tantôt par suite d'une dépréciation subite des marchandises gagées, tantôt à cause de leur mauvaise conservation, tantôt enfin parce que le banquier a manqué de prudence, en se montrant trop libéral dans les crédits qu'il a consentis.

En pareil cas, le banquier escompteur est fondé à exercer un recours personnel contre son cédant et tous autres endosseurs du warrant. Ce recours est semblable à celui que peut exercer le tiers porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre non payés. Cela est si vrai que l'art. 9 de la loi du 28 mai 1858 renvoie en ce qui concerne les conditions de ce recours, aux articles du Code de Commerce relatifs à la lettre de change. La seule modification qu'elle y apporte est une conséquence du caractère subsidiaire de l'action accordée au porteur : alors que le point de départ des délais pendant lesquels le porteur d'une lettre de change doit faire diligence, est la date du protêt, ces mêmes délais ne courent, en matière de warrant « que du jour où la vente des marchandises est réalisée » (art. 9).

Signalons à ce sujet une anomalie survenue à la suite de la promulgation du décret-loi du 30 octobre 1935, unifiant le droit en matière de lettre de change et de billet à ordre. Il a été dit comment l'art. 9 précité qui détermine les conditions du recours du porteur de warrant contre son cédant et les endosseurs, renvoie, pour régler l'exercice de ce recours, aux articles du Code de Commerce relatifs à la lettre de change. Il en était au moins ainsi avant le décret loi de 1935, l'art. 165 du Code de Commerce auquel renvoie l'art. 9 de la loi de 1858 ayant bien trait, à cette époque, au recours du tiers porteur d'une lettre de change non payée. Mais, par le décret-loi

du 30 octobre 1935, le droit en matière de lettre de change a été modifié : l'ordre des articles du Code de Commerce lui-même a été bouleversé. Si donc, depuis 1935, le lecteur de la loi de 1858 dont l'article 9 n'a, lui, subi aucune modification se reporte à ces articles 165 et suivants du Code de Commerce, il se trouve en présence de textes relatifs au rechange et au paiement par intervention, sans aucun lien, par conséquent, avec les dispositions de l'article 9 précité.

Il est évident que cette anomalie est le fait d'un oubli involontaire du législateur qui a omis de modifier en octobre 1935 le renvoi de l'art. 9 du Code de Commerce, et de le mettre en conformité avec la numérotation nouvelle de ce même code.

Il semblerait, dès lors, qu'une interprétation fidèle de la volonté du législateur devrait passer outre cette omission et considérer la modification comme faite, la loi étant présumée, désormais, renvoyer, non plus aux articles 165 et suivants — qui sont les articles anciens — mais 147 et suivants qui sont les articles nouveaux, relatifs au recours faute de paiement.

Mais ici, la question se complique. En effet, les articles 147 et suivants nouveaux du Code de Commerce ne reproduisent pas servilement les dispositions des anciens art. 165 et suivants : le décret du 30 octobre 1935 a supprimé notamment l'obligation d'assigner dans les quinze jours à compter du protêt.

Reste à savoir laquelle des deux dispositions, ancienne ou nouvelle, il convient alors d'appliquer. Qu'il faille résoudre le problème dans un sens favorable à l'intention du législateur, voilà qui est certain. Mais, quelle est au juste cette intention ? Voilà qui l'est beaucoup moins ! Le législateur de 1858 qui avait trouvé souhaitable l'assimilation du recours faute de paiement en matière de warrant à celui déjà institué en matière de lettre de change, par les textes anciens du Code de Commerce, est-il présentement d'avis que cette assimi-

tion soit encore souhaitable, depuis les modifications qu'à apportées à ces anciens textes du Code de Commerce, le décret-loi du 30 octobre 1935 ?

Une telle question nous place devant l'alternative suivante :

— Devons-nous (sous peine de porter atteinte à l'intention primitive du législateur « sur laquelle celui-ci n'est pourtant encore jamais revenu ») considérer les anciens articles 165 et suivants comme maintenus en vigueur en ce qui concerne les warrants, et, en conséquence, faut-il toujours voir en eux une annexe de l'art. 9 de la loi de 1858 ? Une réponse affirmative se fonderait sur le fait que le décret-loi du 30 octobre 1935 n'a littéralement visé que la lettre de change et le billet à ordre (9), et qu'on ne saurait l'étendre qu'arbitrairement aux autres effets de commerce. Il résulterait dès lors de cette réponse, le maintien, pour le porteur d'un warrant non payé, de l'obligation d'assigner dans les quinze jours qui suivent la date de la vente des marchandises, ce délai pouvant être allongé dans des conditions déterminées, au cas où le défendeur serait domicilié dans un lieu éloigné ou hors du territoire français.

— Devons-nous, au contraire, tenir compte de ce que le décret-loi précité a eu pour but l'unification entre pays du droit en matière d'effets de commerce, et, de ce fait, devons-nous éviter de donner au problème posé une solution dont l'effet serait de maintenir certaines particularités — aujourd'hui abrogées — de notre droit interne, à cette seule catégorie d'effets de commerce que sont les warrants ?

Nous ne pouvons, hélas ! que poser une question qu'il serait souhaitable de voir, au plus tôt, tranchée par un texte de loi.

Quoi qu'il en soit des conditions dans lesquelles puisse

(9) Cf. l'art. 4 du décret-loi du 30 octobre 1935.

être exercé, de nos jours, ce recours du porteur du warrant contre les endosseurs antérieurs, il convient de ne pas perdre de vue le caractère subsidiaire de ce recours. Le recours principal est en effet celui que peut exercer l'escompteur sur les marchandises warrantées.

Ce recours confère au warrant toute son originalité. Le porteur devient en effet un créancier gagiste et, en cas de non paiement à l'échéance, c'est son recours de gagiste qu'il doit en premier lieu exercer.

Le droit de gage du porteur du warrant présente, en outre, certains caractères particuliers et obéit à des règles propres :

C'est ainsi que le droit de rétention qui en dérive ne peut s'exercer que par l'entremise du magasin général, seul détenteur de la marchandise.

De plus, la loi de 1858 a déterminé très exactement les conditions d'exercice du droit de gage sur les marchandises warrantées. Le porteur du warrant peut, sans autorisation de justice, faire vendre les marchandises, huit jours après le protêt, ce dernier acte présentant des analogies avec la sommation prévue par l'article 93 du Code de Commerce, pour la réalisation du gage commercial. Cette mesure, antérieure de cinq années à la loi du 23 mai 1863, conférait une faveur particulière au gage engendré par le warrant.

La vente des marchandises se fait aux enchères publiques, dans les formes ordinaires, et par ministère de courtier inscrit. Si elle peut, ainsi que nous l'avons dit, être faite huit jours après le protêt, elle doit l'être, à peine de déchéance, à l'égard des endosseurs, dans le mois qui suit ce protêt.

Sur le prix de réalisation des marchandises warrantées, le porteur du warrant bénéficie d'un droit de préférence, supérieur à celui du gagiste ordinaire. Le privilège du porteur du warrant prime en effet celui du vendeur des marchandises, même si ce porteur a eu connaissance, en contractant, de leur non paiement. Seuls, aux termes de l'article 8, § 1^{er} de la loi

du 28 mai 1858 viennent en rang préférable : 1°) le privilège des contributions indirectes, taxes d'octroi et droits de douanes dus pour les marchandises, à l'exclusion de tous autres privilèges généraux ; 2°) les privilèges relatifs aux frais de vente, magasinage et conservation des marchandises, et c'est là une règle de droit commun.

Telles sont, dans leurs grandes lignes, les dispositions relatives à l'exercice du droit de gage en matière de warrant, dispositions d'un caractère très particulier, accordant à ce porteur l'avantage que constitue une sûreté jouissant, dans notre droit, de faveurs exceptionnelles.

De ce bref aperçu, ils nous est possible de dégager la nature de l'ouverture de crédit réalisable par l'escompte de warrants : elle nous apparait comme une promesse de prêt fait sous garanties : d'une part, garantie réelle constituée par un gage particulier sur marchandises ; d'autre part, garantie personnelle, grâce au recours subsidiaire sur les endosseurs, et qui rappelle celui dont bénéficie le porteur d'une lettre de change.

B. — L'avance de fonds faite à des tiers pour le compte du crédit.

L'ouverture de crédit est, parfois, réalisable par remises de fonds du créditeur, non plus entre les mains du crédit, mais entre celles d'un tiers désigné par ce dernier. En pareils cas, l'avance revêt encore les caractères du contrat de prêt, mais c'est là un prêt d'une nature plus complexe et qui ne répond plus exactement à la définition de l'article 1892 du Code Civil : cet article ne prévoit, en effet, que la livraison de choses faite par l'une des parties à l'autre ; il ne suppose donc l'intervention au contrat de prêt que de deux personnes : l'emprunteur et le prêteur.

Dans le cas qui nous occupe, au contraire, trois personnes interviennent au contrat de réalisation du crédit : le

prêteur, l'emprunteur (c'est-à-dire le crédité pour le compte de qui est consenti le prêt, et qui sera tenu de son remboursement), et une tierce personne que nous appellerons l'*accipiens*, puisque c'est elle qui reçoit livraison des choses faisant l'objet du contrat de prêt, mais qui, de ce fait, n'assume pourtant aucune obligation de restitution.

Bien que recevant les choses pour le compte de l'emprunteur, l'*accipiens* ne saurait être considéré comme son mandataire : le mandataire ne fait que représenter son mandant ; l'*accipiens*, au contraire, reçoit la livraison de son propre chef, sous sa seule responsabilité et sans qu'il soit tenu de rendre compte à personne des choses dont il a pris livraison, ni de la manière dont cette livraison s'est opérée.

De telles avances, précédées d'une ouverture de crédit, constituent souvent le mode de paiement normal auquel ont recours les commerçants pour régler leurs fournisseurs. Elles peuvent faire l'objet de deux catégories de procédés, à savoir :

1° Les tirages du crédit sur le créiteur au bénéfice d'un tiers ;

2° Les tirages du tiers sur le créiteur pour compte du crédité.

a) *Première catégorie de procédés.* — Le plus connu de ces procédés est incontestablement l'émission d'un chèque par le crédité, à l'ordre du tiers accipiens : une clause de l'ouverture de crédit prévoit alors sa réalisation « par tirages de chèques à l'ordre d'un tiers » désigné ou non, selon les cas. Le crédité n'ayant pas, par définition, de fonds déposés, la banque paie le chèque à découvert. Mais le chèque ainsi émis n'en est pas moins provisionné pour cela : l'ouverture de crédit a fait naître, en effet, au profit du crédité, une créance liquide et disponible sur le créiteur : à savoir, l'obligation pour ce dernier, de payer le chèque qui lui sera présenté.

Autre procédé : l'ouverture de crédit est réalisable par tirages de lettres de change du crédité sur le créiteur au pro-

fit d'un tiers. Il n'est pas prévu, dans cette hypothèse, que le banquier devra accepter les traites ; mais il s'engage, en ouvrant le crédit, à leur réserver bon accueil, en les payant à découvert. L'avance est réalisée ainsi entre les mains d'un tiers, qui la reçoit pour son compte, mais cette réalisation est faite au profit du crédit.

b) *Seconde catégorie de procédés.* — La pratique des tirages pour compte est prévue en ce qui concerne la lettre de change, par l'art. 111-3° du Code de Commerce ; son usage s'est généralisé en ce qui concerne le chèque, depuis que le décret-loi du 30 octobre 1935 (art. 3) a interdit l'émission des chèques sur des tirés autres que les banquiers et des organismes dont l'énumération légale est limitative.

En quoi consiste le tirage pour compte ? Alors que dans les hypothèses examinées jusqu'ici, c'est le crédit emprunteur qui réclame la réalisation du crédit par avance à un tiers ou à son ordre, dans le tirage pour compte, c'est le tiers lui-même, sans intervention du crédit, qui prend l'initiative de la réalisation du crédit, en exigeant la livraison des espèces à son ordre : il tire, selon les cas, soit un chèque, soit une lettre de change pour compte du crédit, ce qui revient à dire que le paiement de ce chèque ou de cette lettre de change se fera par le débit du crédit, sur les livres de la banque.

Les tirages pour compte sont un mode fréquent de réalisation du crédit ; lorsqu'il en est ainsi, ils sont soigneusement déterminés dans l'acte d'ouverture de crédit. C'est ainsi que lorsque le tirage a lieu par chèque, le banquier se réserve de ne payer que des chèques établis sur des formules imprimées par ses soins ; ceci afin que le tirage s'effectue en toute sécurité. Ces chèques sont établis au nom du tireur, qui n'est pourtant pas le client du banquier, et portent en tête imprimé le nom ou la raison sociale du client crédit, ainsi que la mention « payable à la Banque X... » — : l'aspect de ces chèques est sensiblement le même que celui des chèques délivrés suivant

les formules ordinaires : seul en diffère le libellé.

En outre, qu'il s'agisse d'un tirage pour compte par chèque ou par lettre de change, il va de soi que le banquier se fait également remettre un modèle de la signature du tireur et qu'il considère cette remise comme une condition indispensable au paiement du titre qui lui sera présenté, ceci afin de pouvoir contrôler la sincérité de ce titre.

Quoi qu'il en soit de ces exigences, ce procédé n'en est pas moins des plus commodes, et sa pratique, sans être des plus courantes, fait cependant l'objet d'ouverture de crédit.

Appendice : La lettre de crédit.

L'expression « lettre de crédit » en raison de l'existence d'un acte fréquemment en usage dans le crédit documentaire, et désigné de la sorte, peut prêter à confusion : il s'agit ici de tout autre chose.

La lettre de crédit est un document remis à une personne par son banquier, et lui permettant de percevoir sur présentation, en une ou plusieurs fois, une certaine quantité de sommes d'argent, d'un correspondant du banquier sur une place éloignée.

La lettre de crédit (ou accreditif) est donc le résultat d'une opération de crédit faite, le plus souvent, à un touriste, en tous cas, à un voyageur ou à une personne établie sur une autre place, française ou étrangère.

Cette opération met en présence deux banques et un tiers crédité. Dans les rapports des banques entre elles, elle peut supposer l'existence d'une ouverture de crédit ; mais il se peut aussi, et c'est le cas le plus fréquent, que les banquiers soient simplement, l'un l'autre, en relations de compte courant. Dans les rapports du bénéficiaire et de son banquier, la lettre de crédit constitue moins un mode de réalisation du crédit qu'une ouverture de crédit elle-même. Elle est, en effet, une promesse de prêt, la livraison des fonds étant faite par un banquier

étranger, mandataire du banquier prêteur, qui seul, par conséquent, est en droit de recevoir le remboursement des sommes avancées. Les prêts sont réalisables, selon la volonté du crédit, en une ou plusieurs fois, et pour un montant total déterminé.

Cette opération qui, en certains cas, constitue une ouverture de crédit, promesse de prêt, est le plus souvent une simple opération de caisse, car elle n'est pas consentie à découvert. Son utilité consiste alors uniquement à éviter des transports de fonds.

*
* *

Un coup d'œil d'ensemble sur les diverses opérations de crédit dont nous venons de décrire le mécanisme, nous permet de mettre en lumière, en dépit des différences d'espèce qu'elles peuvent présenter, leur caractère commun : ce sont des opérations ayant, toutes, pour objet des choses (marchandises ou sommes d'argent) et pour but leur livraison à découvert entre les mains du crédit. Ces opérations supposent ainsi de la part du créancier un acte de confiance subjective dans le crédit. C'est en ce sens qu'elles sont des opérations de crédit.

L'ouverture de crédit dont elles ne sont qu'un mode de réalisation, ne peut, dans tous ces cas, s'analyser que comme une promesse de vente à crédit ou une promesse de prêt. Ainsi comprise, on désigne fréquemment l'ouverture de crédit sous l'appellation « d'ouverture de crédit pure et simple », par opposition à celle dont les modes de réalisation seront décrits dans la section suivante.

SECTION II

LES OPÉRATIONS DE CRÉDIT COMPORTANT UN ENGAGEMENT DU CRÉDITEUR A L'ÉGARD DES TIERS

Il existe des opérations de crédit dont la raison d'être immédiate est de permettre moins d'effectuer une livraison à découvert de choses ou d'espèces entre les mains du crédit, que de suppléer à son inaptitude à inspirer confiance à d'éventuels co-contractants : sa situation financière peut apparaître lourde, mal assurée ; parfois, elle est simplement inconnue, soit que son appréciation s'avère difficile, soit que les renseignements détenus à son sujet apparaissent insuffisants.

Lorsqu'il en est ainsi, le but de l'opération de crédit consiste, tantôt à lier, tantôt à substituer à l'engagement du crédit, celui d'une personne de solvabilité notoire et indiscutable, et de faire, de la sorte, bénéficier le crédit des avantages de cette solvabilité, de ce crédit.

Ces opérations — nous l'avons démontré — ne s'apparentent pas à l'idée du « prêt de crédit », impossible à réaliser dans l'état actuel de la science juridique, mais à celle de garantie personnelle du créateur à l'égard des tiers. L'ouverture de crédit qu'elles réalisent, nous apparaît donc, selon les cas, soit comme une promesse de garantie, soit comme une promesse de s'engager pour autrui donnée par le créateur à des tiers au profit du crédit. Mais ces opérations de réalisation du crédit — en dépit de leur caractère commun — font chacune l'objet d'une technique propre. Aussi, convient-il de les distinguer.

Les opérations de crédit consistant en un engagement du créateur à l'égard des tiers peuvent être groupées de la manière suivante :

- 1° Les opérations de crédit par acceptation
- 2° Les opérations de crédit documentaire

3^o Les opérations de crédit par aval ou caution.

§ 1. — LES OPÉRATIONS DE CRÉDIT PAR ACCEPTATION

Par l'ouverture de crédit par acceptation, le banquier cré-
diteur donne au crédit son agrément à ce que, pour un mon-
tant déterminé, des lettres de change soient tirées sur lui, dans
des conditions bien définies, et s'engage, vis-à-vis du crédit,
à accepter ces lettres de change. L'autorisation du tirage n'est
donnée qu'en vue de l'opération d'acceptation et cette accep-
tation constitue le mode de garantie du créancier réalisant le
crédit promis par l'ouverture de crédit.

Ce mode de garantie est — il va sans dire — extrême-
ment efficace. En effet, contrairement à ce qui se produit le
plus généralement, le banquier n'est pas en pareil cas co-débi-
teur du crédit à l'égard du tiers envers lequel a été consenti
l'engagement de garantie : il n'y a même pas co-existence de
l'engagement d'un créancier solidaire de son crédit, mais
substitution de la personne du créancier à celle du crédit ; on
connait par ailleurs la solidité de l'engagement cambiaire que
constitue l'acceptation. Détachée de sa cause, elle consti-
tue à l'égard du tiers porteur une obligation de payer en ver-
tu d'un engagement irrévocable et absolu (inopposabilité
des exceptions, inopposabilité des déchéances). Nous avons
ci-dessus, à l'occasion de notre étude sur l'escompte des let-
tres de change, mis en lumière les avantages de sécurité que
procure au banquier escompteur l'acceptation d'une lettre
de change. Nous ne pourrions que les énumérer de nouveau,
pour mettre en valeur la charge qu'assume le banquier accep-
teur, et les garanties dont bénéficie le tiers porteur, dans une
opération de crédit par acceptation. On aperçoit combien
celle-ci atteint son but économique de livraison du crédit,
puisque'elle parvient à lier de manière aussi directe et sans ré-
serves, à l'égard des tiers créanciers du crédit, un créancier

dont la signature, par ses qualités notoires, inspire par définition toute confiance.

Un bref examen des cas dans lesquels le commerce a recours au crédit par acceptation met d'ailleurs encore mieux en relief cette utilité :

1^{er} cas : l'acceptation bancaire de traites tirées par un tiers pour compte du crédité.

L'ouverture de crédit est ainsi réalisable dans les circonstances suivantes : un commerçant ne pouvant trouver auprès de ses fournisseurs les facilités de paiement nécessaires (par exemple des traites à trois mois), obtient de son banquier une ouverture de crédit par laquelle ce banquier donne son agrément au tirage sur lui de lettres de change à concurrence d'une somme déterminée par les fournisseurs et s'engage à revêtir ces lettres de change de son acceptation. Ainsi, le banquier créancier substitue-t-il en fait son acceptation à celle que normalement aurait donnée le crédité, si, inspirant suffisamment de confiance à ses fournisseurs, ces derniers avaient consenti à lui faire crédit et s'étaient considérés comme suffisamment couverts par l'acceptation de leur client.

A l'échéance des traites acceptées par la banque en vertu du crédit ouvert par elle, le crédité remet les fonds nécessaires au paiement entre les mains de son créancier. De la sorte, le crédit n'aura consisté qu'en un engagement cambiaire contracté par le créancier à l'égard d'un tiers.

Si le crédité ne remet pas les fonds à l'échéance, le banquier n'en est pas moins tenu de payer la lettre de change. Lorsqu'il l'a payée, il peut poursuivre le crédité défaillant en remboursement, ou si celui-ci a cessé ses paiements, produire à sa faillite. Si le versement des fonds à l'échéance a fait l'objet d'une convention expresse, le fondement de ce recours n'offre pas de difficultés. Il en est autrement si aucun engagement du crédité n'est intervenu à cet égard. Le banquier ne pourra, en effet, exercer contre lui aucun recours cambiaire,

car le crédit n'aura pas été partie au contrat intervenu à l'occasion de la lettre de change. Le crédit ne sera pas, en pareil cas, tenu davantage — comme on pourrait le croire — en vertu de l'ouverture de crédit, car ce dernier contrat, nous l'avons vu, est unilatéral : il ne fait naître d'obligation qu'à la charge d'une seule des parties : le créancier.

On ne saurait davantage assimiler le recours du créancier à celui que l'art. 2028 du Code Civil confère à la caution, car l'acceptation diffère essentiellement de l'engagement de caution ; en outre, l'une des caractéristiques mêmes du recours de la caution, à savoir « la subrogation de celle-ci à tous les droits du créancier » prévue à l'art. 2029, est impossible en l'occurrence, le débiteur, nous l'avons dit, n'ayant pas été partie au contrat de change dans lequel a été donnée l'acceptation du créancier.

Mieux vaut, croyons-nous, considérer en pareil cas le banquier comme muni de l'action *de in rem verso* : en effet, le crédit, en ne versant pas les fonds, s'enrichirait injustement aux dépens du banquier.

Du procédé de crédit par acceptation que nous venons d'étudier, nous rapprocherons la pratique dite du crédit *garanti* (10), fréquemment en usage auprès des organismes spécialisés dans le crédit d'acceptation.

Le fonctionnement du crédit garanti est le suivant : la banque d'acceptation ouvre, au profit d'un banquier, un crédit d'acceptation utilisable par tirages sur elle des clients de ce banquier. Ainsi, ce procédé suppose-t-il l'existence de trois ouvertures de crédit, à savoir :

1°) Une ouverture de crédit par acceptation consentie par la banque d'acceptation au banquier, son client ;

2°) Une ouverture de crédit par acceptation consentie par le banquier à son propre client et réalisable par tirages pour

(10) Cf. Escarra, *ibid.* n° 628.

son compte sur la banque d'acceptation qui acceptera les traites ;

3°) Une ouverture de crédit par escompte, de la part d'un troisième banquier, au profit du porteur des traites ainsi acceptées.

On aperçoit dans cette opération un chevauchement d'ouvertures de crédit, et ce n'est pas là un phénomène exempt de dangers !

2° cas : L'acceptation bancaire de traites tirées par le crédité au bénéfice d'un tiers.

Cette opération a ceci de très remarquable qu'elle met en relief la pluralité de notions du crédit — et partant, la différence de nature des ouvertures de crédit se rattachant à l'une ou l'autre notion —. En effet, cette opération de crédit par acceptation a pour but de permettre au crédité de contracter une ouverture de crédit pure et simple.

L'hypothèse dans laquelle se rencontre une ouverture de crédit réalisable par acceptations de traites tirées par le crédité, au bénéfice d'un tiers, est la suivante :

Un commerçant aurait besoin d'un découvert bancaire, en raison d'une crise de trésorerie soit exceptionnelle (investissement de capitaux dans des immobilisations, ou dans une filiale, amortissement de pertes dues à un fait exceptionnel : grèves, incendie), soit normale (achats saisonniers). Il sollicite de son banquier une ouverture de crédit réalisable par avances directes ; le banquier la refuse, la situation financière de ce commerçant ne lui inspirant pas la confiance nécessaire. Le commerçant s'adresse alors à un second banquier auquel il demande de lui consentir une ouverture de crédit par acceptation : il tirera sur ce second banquier, à concurrence d'une somme déterminée, des traites que ce même banquier acceptera en exécution de l'ouverture de crédit par acceptation. Le commerçant sollicitera alors du premier banquier une ouverture de crédit par escompte des traites acceptées par le second

banquier. Cette ouverture de crédit sera consentie grâce à la confiance qu'aura inspirée au premier banquier la signature de son collègue. Ainsi, l'ouverture de crédit par acceptation, en faisant profiter le commerçant du crédit que possède le créancier par acceptation, lui aura permis d'obtenir d'un autre créancier une ouverture de crédit par escompte.

Remarquons enfin que, grâce à ce procédé, une ouverture de crédit par escompte est venue se substituer à l'ouverture de crédit par avances directes qui aurait été consentie si le commerçant avait vu sa première démarche accueillie par son banquier. Or, le crédit par escompte, outre qu'il est garanti, a l'avantage d'être mobilisable et c'est là, pour le créancier, une considération qui contribuera également à le rendre plus libéral.

* *

Telles sont les opérations de crédit par acceptation, dans leur mécanisme le plus simple ; en réalité, les procédés étudiés ne sont pas les seuls. L'ouverture de crédit par acceptation peut donner lieu en effet, aux applications les plus diverses. L'une des principales, et la plus fréquente, réside dans le crédit documentaire : l'escompte des traites documentaires est, en effet, fréquemment soumis à la condition d'une acceptation de banque. Mais l'ouverture de crédit documentaire commande elle-même à des conventions différentes dont l'examen mérite une attention particulière.

§ 2. — LES OPÉRATIONS DE CRÉDIT DOCUMENTAIRE

Nous n'entreprendrons pas ici une étude approfondie et détaillée des opérations de crédit documentaire : cette étude ne nous apparaît d'abord pas utile ; il existe sur le crédit documentaire une abondante littérature qui date des dernières années, et d'excellents ouvrages ont consacré à cette question une attention telle que les aspects juridiques de cette opération sont bien connus et que, seule, sa nature peut, à la ri-

gueur, prêter encore à quelque discussion. Par ailleurs, nous entendons n'envisager le crédit documentaire que comme nous avons envisagé les autres opérations de crédit, à savoir comme mode de réalisation d'une ouverture de crédit : c'est donc en fonction de l'avant-contrat qui les prépare et dans la seule mesure où elles peuvent, selon les cas, avoir sur lui des influences variées, que nous considérerons les opérations de crédit documentaire.

Il convient, en premier lieu, de prendre parti sur le vocabulaire usité en la matière. Ici, en effet, plus encore que dans les autres branches du crédit, nous découvrons un langage imprécis et qui, du point de vue juridique, a donné lieu, parfois, à de regrettables confusions.

1°) L'expression même de « crédit documentaire » n'est pas, lorsqu'on y réfléchit, excellente. Sous ce vocable, en effet, on désigne un ensemble d'opérations de crédit très différentes les unes des autres et que l'on ne groupe que parce qu'elles sont des opérations sur documents. Or, le document n'est pas, en la circonstance, un élément essentiel sans lequel l'opération de crédit ne pourrait en aucun cas se réaliser ; il n'en est qu'une garantie réelle, garantie il est vrai très particulière et dont le double avantage est de ne se constituer que sur l'objet même de l'opération commerciale qui sert de base à l'opération de crédit (sans qu'il soit besoin, pour réaliser la garantie, de recourir à des richesses extérieures), et de suivre le risque engendré par le crédit jusque dans sa circulation, avec une souplesse qui fait d'elle le mode idéal de garantie de l'escompte des effets de commerce. Il existe un grand nombre d'opérations de crédit sur documents ; citons : l'avance sur documents, l'escompte de traites documentaires, enfin les opérations de crédit révocable et irrévocable ; ce sont ces dernières opérations que l'on désigne principalement sous le nom impropre de « crédit documentaire ».

Nous estimons donc, qu'en pareil cas, et en dépit de l'ap-

pellation usitée, l'épithète « documentaire » n'évoque aucun élément de l'essence même de l'opération de crédit : aussi, les documents, mode de garantie général d'un grand nombre d'opérations de crédit, ne retiendront-ils pas ici notre attention. Nous n'examinerons donc ici que les opérations de crédit révocable et irrévocable, détachés en somme des documents qui leur servent de garantie.

2°) Les expressions « crédit confirmé » et « non confirmé » ne nous apparaissent guère plus heureuses. Elles sont employées, en effet, dans les sens les plus divers et elles ne servent, de la sorte, qu'à semer un peu plus de confusion dans des opérations déjà compliquées.

En certains cas, l'expression « crédit confirmé » est le synonyme de crédit irrévocable, et celle de crédit non confirmé de crédit révocable. Il y a là un néologisme dont l'utilité ne saurait se défendre et auquel, quant à nous n'aurons pas recours (Cf. Escarra — Principes de Droit Commercial — T. VI, N° 679).

L'expression de « crédit confirmé » est également utilisée pour désigner l'acte par lequel le banquier d'un exportateur confirme à cet exportateur l'engagement qu'il a reçu du banquier de l'importateur, d'accepter ou de payer les traites tirées sur lui : en pareil cas, cette confirmation entraîne un engagement irrévocable du banquier de l'exportateur à l'égard de son client. C'est prise simplement dans ce sens que nous retiendrons l'expression de « crédit confirmé », réservant à la première catégorie d'opérations les épithètes de « révocable » ou d' « irrévocable », selon les cas.

3°) Autre expression malencontreuse : c'est l'expression même d' « ouverture de crédit » dans la mesure où on l'utilise pour désigner l'opération contractuelle unissant le banquier de l'acheteur et le tiers (vendeur ou banquier du vendeur) à l'égard desquels il s'engage. On dit communément que le crédit irrévocable s'analyse en deux ouvertures de crédit,

l'une consentie par le créateur à son client, l'autre consentie par ce même créateur à un tiers : vendeur ou banquier du vendeur. Cette conception est même si répandue que l'expression « ouverture de crédit » est souvent utilisée dans le texte de la lettre de crédit pour désigner l'engagement irrévocable pris par le créateur à l'égard des tiers. Ce n'est plus alors le client du créateur qui est considéré comme le crédité ; il est appelé « donneur d'ordre », et est considéré comme véritable crédité le bénéficiaire de l'engagement irrévocable. Cette pratique révèle une confusion fâcheuse : la seule ouverture de crédit existante, c'est-à-dire le seul avant-contrat ayant pour objet la préconstitution du crédit, c'est la convention unissant le créateur à son client ; les autres conventions, selon nous, ne sont que des opérations de crédit, ne *préconstituant* pas seulement le crédit, mais le *constituant* effectivement et réalisant ainsi une ouverture de crédit antérieurement conclue. Cette confusion provient de ce que l'ouverture de crédit dite « documentaire » se réalise en deux temps, et donne lieu à un double échelon d'opérations de crédit : une réalisation rapprochée qui est « la lettre de crédit », une réalisation plus lointaine qui est, selon les cas, l'acceptation ou le paiement des lettres de change.

Une brève description du mécanisme de ces opérations suffira d'ailleurs à mettre en lumière le bien fondé de nos affirmations.

Comment se réalise une ouverture de crédit, dite *documentaire* ?

Cette forme d'ouverture de crédit trouve son application dans le commerce colonial ou international et principalement le commerce d'outre-mer. Sa réalisation ne fait l'objet d'aucun document législatif, mais d'usages internationaux concrétisés dans un texte de la Chambre de Commerce internationale dénommé « Règles et usances » et qui n'a aucun caractère obligatoire.

Un commerçant, que nous supposons français (afin que la France soit le lieu de l'ouverture de crédit et que par conséquent ce soit le droit français qui lui soit applicable) achète à un fournisseur étranger une certaine quantité de marchandises à un prix et à des conditions déterminées (expédition, livraison, risques de transport, mode de paiement). Il est stipulé que la vente se fera à crédit. Mais le consentement de l'exportateur étranger de vendre ainsi à découvert n'est obtenu que sous certaines conditions :

1°) En premier lieu le vendeur entend limiter son risque, car il n'a en la solvabilité de l'acheteur, éloigné de lui, qu'une confiance insuffisante à lui faire accepter de vendre à crédit purement et simplement. Comment s'effectue la limitation de ce risque ? En premier lieu, par la mise en circulation d'une traite munie de documents et qui permet au vendeur de ne délivrer effectivement la marchandise expédiée que contre paiement ou acceptation ; ensuite, par une certitude morale que le vendeur entend acquérir, à savoir que la traite sera payée et que, par suite du non paiement, les marchandises n'auront pas à être réalisées à leur arrivée à l'étranger, dans des conditions souvent défavorables. Le vendeur exige alors de son client un crédit supplémentaire que celui-ci acquiert au moyen d'une ouverture de crédit auprès de son banquier dont par définiton, la signature donne à l'exportateur étranger tous apaisements.

En quoi consiste cette ouverture de crédit ? En l'autorisation donnée par le créancier au crédité de faire tirer sur lui les traites résultant des conventions commerciales intervenues, et en l'obligation qu'assume le créancier envers son client importateur (le crédité), d'une part de contracter un engagement ferme à l'égard du vendeur, sur l'acceptation et le paiement des traites documentaires émises à la suite de l'opération commerciale intervenue ; d'autre part, de réaliser cet engagement, par, selon les cas, l'acceptation ou le paiement de la traite.

2°) Il est une autre condition parfois exigée par le vendeur. La vente à crédit peut entraîner pour lui une gêne de trésorerie : il est, par exemple, obligé de payer ses fournisseurs avant d'être payé de son client. Il aura donc le plus grand intérêt à mobiliser auprès de son banquier le crédit qu'il consent à son client. Mais, ce banquier étranger acceptera-t-il à l'escompte des traites tirées sur un commerçant dont il ignore tout ? Ces traites sont souvent d'un montant très élevé, trop élevé pour que le banquier étranger se contente de la garantie que lui confère la signature de son propre client ; il tient à avoir tous apaisements sur celle du tiré. Sans doute, objectera-t-on que, ainsi que nous venons de le voir, ces traites seront tirées non sur l'acheteur inconnu, mais sur le banquier du pays d'importation qui a consenti à cet importateur une ouverture de crédit. Mais ce banquier tiré sera-t-il obligé d'accepter ou de payer ? Ou bien, l'engagement irrévocable consenti par lui, ne pourra-t-il pas être révoqué d'un commun accord entre les parties ? Le banquier de l'exportateur exige alors une garantie nouvelle qui le mette à l'abri d'éventualités de ce genre. De même que l'exportateur entend obtenir un engagement ferme du créancier de son client, de même le banquier de cet exportateur exigera-t-il, à son profit, un engagement ferme de ce même créancier d'accepter ou de payer — selon les cas — les traites tirées sur lui par l'exportateur. Ce dernier fait part de ces exigences à son client et celui-ci les fait siennes : il n'accordera à l'acheteur le crédit nécessaire pour lui faire obtenir une vente à crédit que tout autant que ce client aura acquis lui-même un crédit personnel grâce à l'engagement du créancier d'accepter ou de payer les traites tirées sur lui, engagement contracté envers l'exportateur et envers le banquier de ce dernier.

Tel est le mécanisme de l'opération ; en quoi consiste alors l'ouverture de crédit documentaire ?

Elle consiste en une convention passée entre un banquier

— le crédateur — et son client crédité — un importateur —
par laquelle le crédateur :

1°) autorise le crédité à faire tirer sur lui, par une tierce
personne convenue, des traites déterminées,

2°) promet à ce crédité de les accepter ou de les payer,

3°) lui promet en outre de contracter un engagement de
les payer ou de les accepter, à l'égard :

a) de l'exportateur, tireur des traites,

b) du banquier de ce dernier.

Telle est l'ouverture de crédit documentaire parfaite,
nous entendons celle qui comporte à la charge du crédateur le
plus grand nombre d'engagements. Mais, il n'en va pas tou-
jours ainsi : Si les deux premiers engagements se rencontrent
nécessairement dans tous les cas, il n'en va pas de même du
troisième, qui parfois fait l'objet de conventions diverses,
qu'il convient d'examiner séparément.

**A. — Première catégorie d'opérations : l'engagement à
l'égard des tiers est révocable :**

Quand il en est ainsi le crédateur :

1° Autorise le crédité à faire tirer sur lui des traites déter-
minées par une tierce personne convenue ;

2° Promet au crédité de les accepter ou de les payer ;

3° Lui promet en outre d'adresser au tiers porteur des
traites « un avis de cette dernière promesse d'accepter ou de
payer, faite au crédité, avis donné à titre de simple renseigne-
ment, sans engagement ni responsabilité de la part du crédi-
teur ». Ainsi, le tiers sera-t-il sans recours direct contre le cré-
dateur de son client, pour le cas où le crédit consenti serait
révoqué soit du propre gré de ce crédateur, soit à la demande
du crédité.

En pareil cas, il n'existe dans l'opération de crédit aucun
lien entre le crédateur et le tiers. On peut donc considérer ici

l'ouverture de crédit comme une simple promesse faite au client d'accepter (crédit par acceptation) ou de payer (crédit par caisse), comportant en outre l'obligation d'informer un tiers des conventions ainsi intervenues.

B. — Deuxième catégorie d'opérations : l'engagement à l'égard des tiers est irrévocable :

Il y a lieu de distinguer deux clauses qui peuvent se trouver jointes, comme isolées : après avoir, comme ci-dessus, autorisé le crédité à faire tirer sur lui des traites par une tierce personne, et promis à ce crédité de les accepter ou de les payer, le créiteur promet au crédité de contracter un engagement irrévocable d'accepter ou de payer ces traites à l'égard :

- soit de l'exportateur, tireur des dites traites (1^{re} clause)
- soit du banquier de cet exportateur (2^e clause).

Ces deux clauses, nous l'avons dit, peuvent être jointes ; le créiteur peut, au contraire, ne contracter qu'un seul de ces deux derniers engagements. Dans l'un et l'autre cas, les caractères de l'engagement sont identiques sans qu'il y ait lieu de distinguer à l'égard de qui il est contracté. Quels sont ces caractères ?

1° Cet engagement est *indépendant* (11) de ceux ayant pu se former à l'occasion du contrat de vente passé entre l'importateur et l'exportateur. Le banquier créiteur ignore donc ce contrat et la réalisation du crédit ne s'effectue que d'après les données qui lui sont soumises par le crédité. Selon l'expression de MM. Jean et Edouard Escarra « le contrat de vente que connaît le banquier, c'est une sorte d'abstraction dépouillée de multiples circonstances de fait » (12).

2° Cet engagement est *irrévocable* dans la limite de l'en-

(11) Cf. Angers, 17 novembre 1925 (S. 1925-2-95).

(12) Mémoires à l'Académie Internationale de droit comparé II, 2^e partie : Rapport de MM. J. et E. Escarra : *L'ouverture de crédit*, p. 747 et suiv. Sirey 1934.

gagement pris : il ne saurait donc être ni modifié, ni annulé sans l'accord unanime du crédeur, du crédit et du bénéficiaire (13).

Quels sont les effets de l'irrévocabilité de l'engagement que le crédeur a contracté, soit à l'égard de l'exportateur seul, soit à l'égard du banquier de cet exportateur, soit à l'égard de l'un et de l'autre ?

Le crédeur ne peut opposer au bénéficiaire de l'engagement irrévocable les exceptions dérivant de ses rapports avec le crédit, en vertu de l'ouverture de crédit. Si donc, pour quelque cause que ce soit, le crédit était déchu du bénéfice de l'ouverture de crédit, l'engagement irrévocablement contracté envers le tiers tireur n'en serait pas moins valable. Ainsi que le fait remarquer M. Escarra : « l'irrévocabilité du crédit entraîne une véritable inopposabilité des exceptions » (14).

Le banquier crédeur est en outre tenu à l'égard du tiers auprès duquel il a contracté son engagement, même si le crédit réclame, par la suite, une modification de cet engagement ou son retrait : tel serait le cas de nullité ou de résolution du contrat de vente. En pareil cas, le crédeur n'en serait pas moins tenu d'accepter ou de payer en vertu de son engagement irrévocable. Ce sont là des solutions confirmées par la jurisprudence (15).

Reste à expliquer le fonctionnement juridique de cette irrévocabilité : elle confère, en effet, à l'engagement dont elle est l'attribut, un caractère un peu spécial dans notre droit, puisqu'elle le détache de sa cause.

Nombreuses ont été les théories émises à ce sujet. Ainsi

(13) Cf. Trib. Com. de Marseille, 17 janvier 1924 (Rec. Marseille 1925-1-280).

(14) *ibid.* n° 702.

(15) Cf. Paris 21 février 1927 (Journal des Tribunaux de Commerce 1928-199) ; voir cependant : T. de Commerce du Havre, 14 novembre 1921. (G.T. du 14 juillet 1922, D. 1923-2-137, note de M. Chéron).

que l'a dit un juriste roumain, leur énumération constitue « un véritable cimetière de doctrines dont une pieuse bibliographie dénombre les croix » (16).

Nous examinerons toutefois les principales de ces théories.

Éliminons en premier lieu la théorie en vertu de laquelle l'engagement irrévocable est considéré comme une acceptation par acte séparé. Sans doute, le caractère irrévocable de cet engagement, par l'inopposabilité des exceptions qu'il entraîne ressemble-t-il à celui du tiré accepteur d'une lettre de change. Mais cette conception avait fait l'objet, depuis longtemps, d'irréfutables critiques auxquelles le nouvel article 126 du Code de Commerce (Décret-loi du 30 octobre 1935) a donné une consécration définitive puisqu'il résulte de son texte que l'acceptation par acte séparé est sans valeur cambiaire.

La Cour de Cassation, dans un arrêt de sa Chambre des Requêtes, du 29 janvier 1926 (17) déclare dans ses attendus, que « le banquier qui confirme le crédit de son acheteur devient sa *caution* et donne l'assurance que le paiement des marchandises sera effectué à l'échéance, à la condition que le vendeur soit en règle » (18). Ainsi que le fait remarquer M. Hamel dans sa note précitée, le caractère accessoire de l'obligation de la caution (art. 2012 et 2013 du Code Civil) entraînerait la disparition de l'obligation du créancier envers le tiers si l'obligation principale venait à être nulle : de même l'art. 1294 admettant la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, contrarierait l'autonomie que confère à l'engagement du créancier son irrévocabilité. Or, la jurisprudence elle-même a souvent consacré ce caractère irrévocable déjà reconnu par la coutume et les usages et conforme, par ailleurs,

(16) D. GALESESCU-PYK, op. cit., Bucarest 1929.

(17) D. 1926-1-201 note de M. HAMEL, et S. 1926-1-353 note de M. Rousseau.

(18) Trib. com. du Hâvre, du 14 nov. 1921 précité.

à l'intention des parties qui n'auraient pas manqué d'avoir eu recours à une caution de banque, plutôt qu'à un crédit irrévocable, si elles avaient voulu créer un lien de subordination entre l'engagement du créiteur à l'égard du tiers et celui — considéré comme principal — de l'acheteur à l'égard du vendeur.

Certains auteurs ont alors fixé leur attention pour expliquer l'engagement irrévocable du crédit sur le contrat dit à *trois personnes* qui, ainsi que le rappelle M. Hamel, vient « se superposer à deux contrats déjà existants pour créer des liens juridiques nouveaux entre deux personnes que les deux contrats antérieurs ne mettent pas en présence », ces deux contrats étant ici, le contrat d'achat-vente d'une part, la convention de dépôt, de compte-courant ou d'ouverture de crédit de l'autre.

L'engagement du créiteur à l'égard du tiers exportateur et de son banquier est-il le résultat d'une stipulation pour autrui ? (19) On l'a soutenu. L'acheteur serait le stipulant ; le créiteur, le promettant ; le vendeur ou son banquier, le bénéficiaire. Avec M. Hamel nous ne pensons cependant pas que cette théorie soit fondée, car elle retombe dans le même travers que celle qui a recours à la notion de cautionnement ; en effet, dans la stipulation pour autrui, l'engagement du promettant envers le bénéficiaire n'est pas indépendant de celui du stipulant à l'égard du promettant. Ce dernier n'est tenu d'exécuter son obligation envers le bénéficiaire que tout autant que le stipulant exécute la sienne à son égard. Rien de semblable dans le cas qui nous occupe, puisque, nous l'avons vu, l'irrévocabilité entraîne l'innoposabilité des exceptions.

M. Hamel, dans sa note, estime alors que « cette autonomie de l'obligation contractée par le banquier cadre fort

(19) En ce sens : Trib. Com. de Marseille, 12 février 1919 (Dr. fin. 1922-84) ; Cf. Marais : *Des ouvertures en banque de crédit confirmé et non confirmé*.

« exactement avec le système de la délégation. Le banquier de-
« vient le délégué de l'acheteur-délégant, désigné au vendeur
« délégataire », et cet auteur déclare en outre : « Il est fort
« exact de dire que le crédit confirmé (nous disons irrévoca-
« ble) suppose deux situations juridiques dans lesquelles une
« même personne, le délégant, joue respectivement le rôle de
« créancier et de débiteur. L'acheteur est bien débiteur du
« prix envers le vendeur, et il est créancier du crédit envers
« le banquier. En désignant son propre débiteur comme débi-
« teur de son propre créancier, il agit bien par une délégation.
« Or, il se trouve que l'obligation du délégué ne participe pas
« aux exceptions qui pouvaient grever les autres obligations,
« et suffit, à elle seule, à constituer l'engagement du délégué
« (Colin et Capitant, Cours de droit civil II, p. 112. — Capi-
« tant : De la cause des obligations, p. 378 à 400). Seules peu-
« vent vicier cette opération les exceptions nées dans les rap-
« ports du délégataire et du délégué. C'est bien la notion clas-
« sique de délégation. »

Nous avons cru devoir citer ces lignes de M. Hamel, parce que, mieux, certes, que nous n'aurions su le faire, leur auteur met en lumière les qualités de la théorie qu'il défend : elle explique le caractère autonome et définitif que confère à l'engagement du banquier, son irrévocabilité.

Sans doute, voudra-t-on objecter que l'acceptation du délégataire est nécessaire pour que prenne naissance l'engagement qui unit à lui le délégué. Or cette acceptation en fait n'est jamais donnée par écrit, en matière de crédit irrévocable. Mais, les usages qui dispensent le tiers délégataire de son acceptation écrite ont pour corollaire que cette acceptation a un caractère tacite, et que le fait pour le tiers délégataire de n'avoir pas protesté ou refusé, suffit à établir qu'elle est acquise et que le délégué est dès lors irrévocablement obligé à l'égard du délégataire.

Cette théorie qui nous paraît irréfutable et que paraissent

admettre également, bien qu'avec quelques réserves, MM. Jean et Edouard Escarra et M. Rault (20), explique parfaitement le mécanisme de l'opération de crédit irrévocable.

Toutefois, nous ne devons pas perdre de vue que ce n'est là qu'une explication permettant d'adapter l'opération de crédit confirmé à la technique juridique actuelle, mais qui ne va pas plus loin. Or, plus loin, existe, dans le cas qui nous intéresse, la convention initiale d'ouverture de crédit dont l'opération que nous envisageons n'est qu'un mode de réalisation, et à laquelle elle ne se substitue pas, ainsi qu'elle devrait le faire si elle consistait en une délégation parfaite. L'ouverture de crédit engendre un lien contractuel entre le créditeur et le crédité : elle est un avant-contrat par lequel le créditeur s'engage envers le crédité à accomplir notamment l'opération de crédit qui donnera naissance à l'engagement irrévocable. Mais bien qu'indépendante de cette obligation du créditeur à l'égard du crédité, née de l'ouverture de crédit, la délégation qui constitue l'objet même de cette obligation, ne remplace pas la convention en exécution de laquelle elle est accomplie. Elle ne la détruit pas ; elle la réalise. Mais le créditeur demeure toujours obligé à l'égard du crédité, en vertu de la convention initiale comme l'acheteur à l'égard du vendeur : il y a sans doute, dans le crédit irrévocable, une délégation, mais c'est une « délégation imparfaite ».

C. — Autres conventions

Les conventions ci-dessus étudiées sont les conventions normales de crédit documentaire. Il arrive parfois, cependant, de rencontrer des conventions qui, s'inspirant des mêmes principes, présentent, à l'égard de celles précédemment étudiées, diverses particularités. Tel est le cas des opérations de crédit irrévocable faites de banque à banque et qui ne sont pas

(20) op. cit. VI n° 715.

précédées d'ouvertures de crédit ; dans ces conventions, en effet, le banquier n'est pas en relations avec l'importateur de son pays, mais avec le banquier étranger à l'égard duquel il prend l'engagement irrévocable d'accepter ou de payer les traites que ce dernier tirera ou fera tirer par son propre client. Parfois, à cet engagement s'ajoute celui, également irrévocable, que prend le banquier du pays importateur à l'égard de l'exportateur ; en d'autres circonstances, cet engagement n'intervient pas, mais le banquier exportateur ayant, lui, reçu l'engagement irrévocable de son collègue, le confirme à l'exportateur, son client : c'est, dans ce cas, nous l'avons dit, qu'il y a, à proprement parler, « crédit confirmé ».

Nous ne nous arrêterons pas davantage sur ces diverses opérations malgré l'intérêt incontestable qu'elles puissent présenter. Ces opérations ne sont, en effet, que des opérations de crédit : elles ne sont pas précédées de l'ouverture de crédit consentie à l'importateur par le banquier de ce dernier et qui prépare l'ensemble de ces opérations et contient l'engagement de les accomplir. Seul, nous le répétons, ne nous intéresse que cet avant-contrat.

Ayant ainsi décrit, dans leurs traits essentiels, les diverses opérations de crédit documentaire, nous avons été à même d'apercevoir, dans ses traits essentiels, l'ouverture de crédit qu'elles réalisent. Nous pouvons donc dégager de notre examen les observations suivantes :

1° L'ouverture de crédit documentaire ne met toujours en présence que deux personnes : le créateur et son client, le crédit. Seule la réalisation du crédit met le créateur en présence des tiers.

2° Ainsi comprise, l'ouverture de crédit se trouve être réalisée en deux étapes : en premier lieu par la promesse révoquable ou irrévocable faite à une tierce personne d'accepter ou de payer des effets de commerce ; en second lieu, par l'acceptation ou le paiement à présentation, de ces effets.

3° L'ouverture de crédit, ici comme dans toutes les espèces antérieurement décrites, a pour but la préconstitution du crédit dont la réalisation est bien effective dès le premier stade, à savoir dès que le créancier a contracté son engagement à l'égard des tiers; dès, en effet, que cet engagement est acquis, le crédit se trouve d'ores et déjà bénéficier du crédit qui lui avait été promis dans l'acte d'ouverture de crédit : son but est donc atteint.

4° Le premier stade de la réalisation du crédit, même lorsque l'engagement pris par le créancier à l'égard des tiers est irrévocable, ne constitue nullement (et ceci contrairement à l'expression communément usitée) une ouverture de crédit. Ainsi, n'y a-t-il pas ouverture de crédit réalisable par une autre ouverture de crédit qui, elle-même, serait réalisable par une opération de crédit qui lui ferait suite; il y a superposition de deux opérations de crédit, venant réaliser l'ouverture de crédit qui les prépare. En effet, d'une part l'engagement du créancier envers les tiers ne saurait, nous l'avons vu, être considéré comme « préconstituant » simplement un crédit; il le « constitue ». L'opération qui le suit (acceptation ou paiement) vient non pas le réaliser (sa réalisation est déjà effective), mais le compléter naturellement et le parfaire. D'autre part, le but de l'opération ainsi accomplie par le créancier envers les tiers n'est ni de préconstituer, ni même de procurer du crédit à un tiers, mais de réaliser auprès d'eux un crédit antérieurement promis à l'importateur et qui bénéficie à ce dernier.

En résumé, il résulte de ces observations que dans l'ouverture de crédit documentaire, le créancier promet au crédit de s'engager personnellement et à ses lieu et place auprès des tiers, cet engagement pouvant n'être effectif que par une acceptation (crédit révocable) ou pouvant être au contraire acquis de manière irrévocable, antérieurement à la présentation des traites qui lui feront suite (crédit irrévocable). Mais à cet engagement s'ajoute l'obligation toute naturelle de son exécution

et qui, elle aussi, trouve son principe dans l'avant-contrat qui l'a préparée. L'ouverture de crédit confirmé est une ouverture de crédit à réalisation complexe.

§ 3. — LES OPÉRATIONS DE CRÉDIT PAR AVAL & CAUTION

Les opérations de crédit que nous avons décrites au cours des deux paragraphes qui précèdent, ont, entre elles, ce trait de commun qu'elles consistent en la substitution de la personne du créiteur à celle du crédité. Ce dernier, sans doute, demeure obligé, mais il l'est en dehors de l'opération de crédit, en vertu par conséquent d'un contrat (achat-vente) qui est étranger à ladite opération. Il n'en est plus de même lorsque l'opération de crédit se réalise par aval et caution. Le créiteur ne contracte plus un engagement à la place du crédité, mais avec lui : l'opération constitue une garantie personnelle du créiteur pour le crédité.

A. — Les opérations de crédit par aval de lettres de change ou de chèques.

Nous dirons peu de choses de ces opérations : elles font rarement l'objet d'ouvertures de crédit. L'aval n'intervient en effet que dans des circonstances exceptionnelles. On n'a recours à lui que lorsqu'on ne peut user d'aucun autre procédé. Le commerce lui préfère le crédit par acceptation, car l'aval marque de manière trop évidente sur un titre pouvant circuler et passer entre les mains de quiconque, l'insuffisance reconnue dont fait preuve la signature qu'il garantit : il peut ainsi nuire au crédit même de son bénéficiaire. Toutefois, des ouvertures de crédit par aval peuvent se rencontrer entre une société-mère et ses filiales, afin de permettre à ces dernières de trouver un escompteur de leur papier ; elles sont cependant très rares et, en raison du secret dont on les entoure, peu connues : la fréquence d'un aval, toujours donné par la même personne, peut, seule, les révéler.

Lorsqu'elles interviennent, leur avantage est d'avoir pour objet une opération créant un engagement solidaire du créditeur à l'égard des tiers porteurs : « le donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant » (art. 130 du Code de Commerce). Dès lors :

1° Le donneur d'aval est solidaire du crédité ; il ne peut opposer le bénéfice de discussion, ni (pour le cas où il y aurait plusieurs donneurs d'aval) le bénéfice de division ;

2° Son consentement suit celui du crédité ; il est mobiliisable comme le sien.

3° Il est de même nature que celui du crédité ; il constitue donc un engagement cambiaire.

En outre, l'engagement du donneur d'aval « est valable alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle, pour toute autre cause qu'un vice de forme » (art. 130 du Code de Commerce).

Il résulte de ces observations que l'aval constitue une garantie très solide. Un banquier escomptera facilement des lettres de change avalisées par une bonne signature, même si celles du tireur ou du tiré laissent à désirer. De la sorte, le créancier, donneur d'aval, aura véritablement conféré au crédité un *crédit* qui lui faisait défaut.

B. — Les opérations de crédit par caution (cautions de Banque)

Les banques donnent plus souvent leur caution que leur aval. Toutefois, les cautions de banque constituent fréquemment des opérations isolées : on rencontre, néanmoins, des ouvertures de crédit par caution.

L'ouverture de crédit par caution est la promesse donnée par le créancier au crédité, de le cautionner pour un montant et dans des conditions déterminées, auprès d'une tierce personne convenue. L'opération de crédit qui réalise cet avant-

contrat est une caution dans laquelle, le plus souvent, le créateur s'engage « solidairement » et renonce de ce fait aux bénéfices de discussion et de division.

Le plus grand nombre des cautions de banque est fourni auprès d'une administration de l'Etat ou d'une collectivité publique. Plusieurs textes ont prévu leur constitution obligatoire dans diverses circonstances.

L'individu qui traite avec l'Etat ou une collectivité publique, ou qui sollicite d'eux certains avantages impliquant leur confiance, doit verser un cautionnement en espèces et consentir à une retenue de garantie ou bien fournir la caution personnelle et solidaire d'une personne agréée à cet effet, et qui est généralement un établissement de crédit. Ce dernier procédé a l'avantage d'éviter au commerçant d'importants décaissements de nature à gêner sa trésorerie.

Parmi ces cautions de banque, nous mentionnerons principalement :

1° Les cautions données en exécution de l'article 9 du décret-loi du 30 octobre 1935 au profit des titulaires de marchés passés par l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics, l'Algérie, les colonies, les pays de protectorat et territoires sous mandat. Un nouveau décret du 12 décembre 1936 a fixé les conditions dans lesquelles ces cautions doivent être fournies :

La caution « personnelle et solidaire » doit, en premier lieu, être agréée ; cet agrément s'applique à la généralité des opérations de caution visées au décret du 12 décembre 1936. Il est obtenu auprès du ministre des Finances (Direction du Mouvement général des Fonds) ; une fois acquis, il subsiste jusqu'à décision nouvelle.

Les grands établissements de crédit ont tous accompli, déjà, les démarches nécessaires pour être agréés de la sorte, et satisfait, dans ce but, aux exigences du décret : ils ont constitué à la Caisse des Dépôts et Consignations un cautionne-

ment général de 100.000 francs, en espèces ou titres d'Etat et assimilés, destiné à garantir leurs engagements éventuels en tant que caution personnelle et solidaire. Ainsi agréées, ces banques peuvent ouvrir efficacement des crédits par caution, pour leurs clients titulaires de marchés auprès de l'Etat et des collectivités visées au décret.

Comment se réalise l'ouverture de crédit réalisable de la sorte ?

A l'occasion de chaque marché, une consignation est versée à la Caisse des Dépôts et Consignations : elle doit être égale « au dixième du cautionnement primitif, ou de la retenue de garantie prévue au cahier des charges du marché ». Le créateur fait alors parvenir à l'administration compétente « une déclaration attestant qu'il se porte caution personnelle et solidaire », et justifie à cette administration la constitution de la consignation sus indiquée. Par cette « déclaration », le créateur s'engage à verser à la collectivité contractante « les sommes dont le crédit viendrait à être reconnu débiteur, jusqu'à concurrence du cautionnement en espèces qui lui aurait été imposé, ou de la retenue de garantie qui aurait été opérée ». Cette déclaration doit contenir certaines énonciations, à savoir : la désignation précise de la personne et de l'établissement qui l'effectue, celle de l'établissement cautionné, les références relatives au marché, l'indication du montant et de la nature de l'engagement pris par la caution et, le cas échéant, l'élection de domicile qui pourrait être imposée à la caution par le cahier des charges du marché.

2° Les cautions en douane par lesquelles la caution s'engage à garantir le paiement demeuré en suspens, de droits auxquels peuvent donner lieu les marchandises importées (caution à l'entrepôt fictif, caution à l'enlèvement, caution à l'admission temporaire (21) ;

(21) Cf. Terrel et Lejeune, op. cit. p. 465 et suiv.

3° Les cautions en régie et à l'outroi (22);

4° Les engagements de « représentant responsable » à l'égard de l'Administration de l'Enregistrement, pour le compte de sociétés étrangères, et garantissant le paiement des taxes et impôts dûs par ces sociétés. Grâce à ce représentant responsable, l'Administration peut, le cas échéant, poursuivre le recouvrement des sommes qui lui sont dues, sans avoir recours à une procédure d'exécution coûteuse et aléatoire pratiquée à l'étranger. A ce titre, l'établissement représentant procure à la société étrangère le crédit dont lui-même bénéficie du fait de sa nationalité et de sa solvabilité notoire.

Les engagements de représentant responsable interviennent dans les deux cas suivants :

a) Pour le compte des sociétés étrangères dont tout ou partie des titres ont été introduits sur le marché français et qui sont soumises au régime de l'abonnement. En pareil cas, la société doit contracter à l'égard de l'Administration de l'Enregistrement un engagement de payer les taxes de timbre, de transmission et du revenu, du chef de ces titres et fournir (à défaut de cautionnement en numéraire) un représentant responsable de nationalité française et de solvabilité incontestée, qui s'engage solidairement avec elle au paiement de ces taxes et de tous droits et amendes pouvant en résulter. Ce représentant doit être agréé et son engagement porte sur une période de trois années.

b) Pour le compte des sociétés étrangères ayant une exploitation en France; elles sont en effet soumises, en ce qui concerne cette exploitation sur le territoire de notre pays, à la législation fiscale française. Elles doivent, à peine d'amende, verser un cautionnement ou faire agréer un représentant responsable du paiement de leurs impôts, représentant dont l'engagement est de même nature que celui garantissant le paiement des taxes dues sur les titres des sociétés abonnées.

(22) *ibid.* p. 469.

Ce genre de garantie, qui s'apparente à « la caution solidaire » donne parfois lieu à des ouvertures de crédit par une banque française au profit des clients d'une banque étrangère installée en France ; la banque étrangère a, le plus souvent, la clientèle des sociétés de son pays installées sur notre territoire ; or, elle ne peut se porter, pour elles, représentant responsable, n'ayant pas, elle-même, la nationalité française ; elle demande alors à une banque française de lui ouvrir un crédit de représentant responsable auprès de l'Administration, pour toutes sociétés étrangères (ses clientes) qui seront éventuellement désignées par elle ; elle se porte personnellement garante auprès de la banque créditrice, de la bonne fin de ce genre d'engagements. Forte de cette garantie, la banque créditrice, après avoir ouvert le crédit, le réalise, dès qu'elle en reçoit la demande de son collègue étranger, en s'engageant comme représentant responsable de telle société qu'il lui désigne, et avec laquelle, le plus souvent, elle n'a aucune relation d'affaires. On peut considérer que, de la sorte, elle supplée à l'insuffisance de crédit dont fait preuve, auprès du fisc français, la banque de nationalité étrangère.

*
**

Telles sont, dans leur ensemble, les ouvertures de crédit réalisables par un engagement du créiteur à l'égard des tiers. Que cet engagement consiste, comme dans le crédit par acceptation ou le crédit documentaire, en la substitution de la personne du créiteur à celle du crédité, ou qu'il donne lieu simplement à un engagement solidaire de ce même créiteur, dans tous les cas, il constitue une forme de crédit qui ne saurait s'apparenter au contrat de prêt. Le crédit fourni, ici, est un crédit « objectif » : il est l'ensemble des qualités formant la valeur sociale du créiteur et dont ne peut se parer le crédité qu'au moyen d'une technique juridique appropriée.

CHAPITRE V

Les conditions de formation et de validité du contrat d'ouverture de crédit

De par sa nature contractuelle, l'ouverture de crédit est soumise aux règles générales qui régissent la formation et la validité des contrats : en conséquence, les articles 1108 et suivants du Code civil lui sont applicables. Ces règles ne présentent, en principe, aucune difficulté ; aussi, nous contenterons-nous de les mentionner rapidement pour ne nous arrêter que sur les particularités auxquelles elles peuvent donner lieu.

SECTION I

LES CONDITIONS DE FOND NÉCESSAIRES A LA FORMATION ET A LA VALIDITÉ DE L'OUVERTURE DE CRÉDIT

Lors de la formation d'un contrat, trois conditions sont essentielles à son existence : le consentement de la partie qui s'oblige, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation. A ces trois conditions, s'en ajoutent deux autres essentielles, sinon à l'existence du moins à la validité de l'obligation : ce sont l'absence de vice dans le consentement de la partie qui s'oblige et sa capacité de contracter. Le défaut de l'une des conditions essentielles à l'existence du contrat est sanctionné par la nullité absolue. Le défaut de l'une des conditions nécessaires à sa validité n'est sanctionné que par une nullité relative.

Tels sont les principes généraux bien connus, résultant des dispositions de l'article 1108 du Code Civil et des commentaires d'une doctrine unanime à ce sujet.

Comment s'effectue l'application de ces principes à l'ouverture de crédit ?

A. — Le consentement

Dans la plupart des contrats, l'hypothèse d'un défaut absolu de consentement est le plus souvent d'ordre purement théorique. Elle peut, toutefois, donner lieu, dans le contrat qui nous intéresse, à une réalisation plus fréquente, s'il est vrai qu'il arrive que des ouvertures de crédit soient entachées d'une condition purement potestative de la part du créiteur.

Il y a condition potestative de la part du créiteur lorsque celui-ci se réserve le droit de n'exécuter son obligation que s'il le veut bien. Ainsi que le fait remarquer Falloise « Le lien de droit est, de la sorte, abandonné à la seule volonté du créiteur ». En pareil cas, on ne saurait considérer que lors de la conclusion de l'ouverture de crédit, il y ait consentement de la part du créiteur. L'article 1174 du Code Civil en déclarant nulle toute obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, ne fait que consacrer le principe plus général selon lequel est nulle toute convention dépourvue à son origine de cet élément essentiel à sa formation qu'est le consentement.

Si ce sont là des principes incontestables et dont l'application à l'ouverture de crédit ne saurait être mise en doute, il n'en demeure pas moins qu'il appartient au juge du fond d'apprécier, selon les faits, s'il y a ou non condition potestative. Or, les quelques décisions de jurisprudence que nous détenons à cet égard nous montrent que les juges ont évité, lorsqu'ils l'ont pu, d'assimiler certaines réserves du crédit à une condition purement potestative. C'est ainsi qu'un arrêt de la

Cour d'Appel de Paris, du 30 mars 1842 (1), dans le cas d'une ouverture de crédit réalisable par l'escompte d'effets de commerce, déclare valable la condition d'après laquelle le créditeur se réserve le droit de n'escompter que les traites « qu'il jugerait à sa satisfaction ». Est également valable la clause par laquelle le crédit se réserve le droit « de restreindre le crédit chaque fois qu'il le jugerait convenable à ses intérêts ». Il en est de même de la convention par laquelle le créditeur se réserve le droit d'arrêter le crédit à son gré (2). Dans tous ces cas, les tribunaux analysent le consentement du créditeur. S'il leur apparaît que le créditeur entend s'engager immédiatement par l'acte d'ouverture de crédit, et si la condition n'a pas pour but de restreindre l'obligation dans son principe actuel, mais dans son exécution postérieure, ils déclarent cette condition valable et la convention, dès lors ne saurait être considérée comme nulle. Si, au contraire, le créditeur entend réserver, par la condition, son consentement actuel et ne s'obliger qu'ultérieurement, selon son bon plaisir, le contrat doit, alors, être déclaré nul, comme entaché d'une condition potestative.

Cette distinction est, selon nous, très heureuse. Par sa nature même, l'ouverture de crédit est appelée à durer un certain temps : elle est, nous l'avons vu, un contrat successif. Le créditeur doit donc avoir la possibilité de limiter eu égard à l'avenir, ses obligations, ne fut-ce que pour se mettre à l'abri de circonstances futures qu'il ne peut prévoir. En pareil cas, son consentement est effectif mais subordonné, quant à ses effets, à une clause « *rebus sic stantibus* » qui, si elle ne saurait se présumer dans les contrats, n'en est pas moins valable lorsqu'elle est expressément stipulée. Nous aurons d'ailleurs, en examinant l'étendue des obligations du créditeur, l'occasion de nous expliquer plus longuement sur ce point.

(1) S. 1843-2-113.

(2) Gand, 29 juillet 1848 (Pas. 1848-2-270) ; Grenoble, 22 février 1884, (G. P. 1884-1-73).

Si, en dépit des cas examinés ci-dessus, le défaut absolu de consentement de la part du créateur constitue une hypothèse exceptionnelle, il ne saurait en être de même des cas où ce consentement se trouve vicié, soit par l'erreur du créateur, soit par le dol du crédit ou d'un tiers qui s'est fait son complice. Lorsqu'il en est ainsi, le contrat n'est pas nul « de plano », mais son annulation peut être demandée en justice.

L'erreur sur la personne du crédit peut se rencontrer de manière assez fréquente. Dans tous les cas, elle doit constituer une cause de nullité. En effet, l'ouverture de crédit, qui de par son essence suppose un acte de confiance subjective du créateur dans le crédit, est un contrat dans lequel la considération de la personne du crédit intervient nécessairement et est la cause principale de la convention. Pour reprendre une expression usitée, l'« intuitus personæ » joue dans l'ouverture de crédit un rôle primordial. En cas d'erreur sur la personne, l'article 1110 alinéa 2 du Code Civil trouve donc ici son application nécessaire.

L'erreur sur la qualité de la personne du crédit peut intervenir ici dans les cas les plus variés : le créateur peut s'être trompé sur la valeur morale du crédit ; le crédit peut à son insu, avoir été condamné à une peine afflictive et infamante, dans le passé ; il a pu accomplir des opérations douteuses ou immorales ; il a pu avoir été déclaré en faillite, avoir bénéficié de la liquidation judiciaire ou d'un règlement amiable homologué. Le créateur a pu, en outre, commettre une erreur sur la nationalité du crédit, sur sa parenté ou son alliance avec telle personnalité en vue ; sur la nature de sa profession : il a, par exemple, traité avec un détaillant croyant traiter avec un grossiste ; il a pu croire encore, par erreur, son client propriétaire d'un brevet ou bénéficiaire d'une licence ; il a pu, enfin, se tromper sur le crédit même de son crédit, en croyant par exemple que tel haut personnage faisait partie du conseil d'administration de la société créditée, alors qu'il en

avait démissionné depuis peu de temps ou que l'administrateur ayant ainsi attiré l'attention du créancier n'était qu'un homonyme. A cette erreur sur la personne du crédit, nous assimilons l'erreur sur la personne de la caution du crédit, ou de son avaliste. Le créancier, a en outre, pu ignorer que son client était en relations avec une autre banque dont il avait obtenu déjà d'importants crédits. Dans tous les cas, l'erreur a vicié le consentement : sans elle, le créancier n'aurait pas consenti à l'ouverture de crédit.

Car c'est la question essentielle que doit se poser le juge : le créancier aurait-il accordé le crédit, s'il ne s'était pas trompé ? Selon que la réponse paraît devoir être affirmative ou négative, l'erreur doit être considérée comme étant ou n'étant pas une cause de nullité de la convention. C'est là l'application des principes du droit commun.

La question peut se poser de savoir si l'erreur sur la solvabilité du crédit doit être considérée comme un vice du consentement. Un arrêt de la Chambre Civile du 5 août 1874 (3) déclare qu'il n'y a pas là cause de nullité. Il ne s'agissait pas, en l'occurrence d'une ouverture de crédit : si fondée qu'apparaisse dans la plupart des cas, cette solution, nous estimons qu'en matière d'ouverture de crédit, l'erreur sur la solvabilité du crédit est essentielle, car, étant donné la nature du contrat, elle porte sur une qualité substantielle du crédit. Il est en effet évident que l'acte de crédit n'est qu'un acte de foi en la solvabilité du crédit. La croyance de cette qualité est l'élément déterminant du consentement du créancier. Une erreur portant sur elle, au moment de la convention, doit être considérée comme de nature à en entraîner la nullité.

Dans tous ces cas, cependant, la nullité n'est prononcée que tout autant que le créancier fait, devant le juge, la preuve de son erreur. En outre, il doit établir que cette erreur n'est pas le fait de sa négligence, de sa faute professionnelle, qu'elle

(3) D. 1875-1-105 ; S. 1874-1-437.

est intervenue malgré les renseignements dont il s'est entouré avec la diligence dont il devait normalement faire preuve avant de contracter. Ces exigences limitent d'autant les chances qu'a le créancier d'obtenir la nullité de l'ouverture de crédit. Il est vrai que son erreur est le plus souvent la conséquence de manœuvres dolosives de la part du crédit ou de son complice. Lorsqu'il en est ainsi, c'est la preuve du dol que doit fournir le crédit : sa tâche de plaideur en est simplifiée.

Le dol principal est une cause de nullité relative lorsqu'il est évident que « sans les manœuvres dolosives, le créancier n'aurait pas contracté » (article 1116 du Code du Code Civil). L'élément de confiance qui est à la base de l'ouverture de crédit, confère aux manœuvres dolosives un caractère d'extrême gravité. Outre le caractère d'abus de confiance ou d'escroquerie qu'elles peuvent parfois revêtir, elles portent atteinte à la bonne foi qui doit présider particulièrement à ce genre de conventions. Le législateur ou le juge qui ne serait pas pénétré de cette vérité risquerait de faire bien vite du crédit une institution morte !

Il y a dol de la part du crédit lorsque celui-ci fournit sur son propre compte au créancier des renseignements inexacts afin d'obtenir de lui le crédit réclamé et pour le montant qu'il sollicite. A l'inexactitude, nous estimons que l'on doit assimiler la réticence, lorsqu'elle porte sur un fait grave : il n'y aurait pas de raison de traiter le créancier différemment de l'assureur qui, lui, peut opposer la réticence à son assuré et obtenir de ce fait la déchéance de la police ; comme l'assurance, en effet, l'ouverture de crédit est un contrat qui ne se forme qu'après étude d'une situation dont les éléments sont fournis par le bénéficiaire lui-même du contrat. La sincérité de la déclaration doit être la même dans l'un et l'autre contrat : la sanction du défaut de sincérité ne saurait dès lors être plus rigoureuse dans l'assurance qu'elle ne l'est dans l'ouverture de crédit.

L'inexactitude dans les renseignements peut résider dans l'un quelconque des documents fournis au banquier, soit spontanément, soit à la demande de ce dernier : production d'une comptabilité non conforme; chiffre d'affaires exagéré; faux bilan ou bilan contenant une évaluation excessive de l'actif réel, une sous évaluation du passif réel, des énonciations qualifiant improprement la composition véritable des divers postes, dans le but de leur faire recéler des pertes, ou de laisser apparaître une valeur qu'ils n'ont pas; liste incomplète ou mensongère du conseil d'administration ou du haut personnel (directeur général, administrateur-délégué ou directeur); composition frauduleuse du portefeuille commercial (existence de traites de complaisance); inexactitudes sur la personne des fournisseurs et des clients; sur la nature de la profession; sur la consistance réelle des stocks; sur les conditions de l'exploitation; défaut de mention des autres banquiers du crédit et des engagements antérieurement contractés avec eux, surtout s'ils sont en cours; en résumé, remise d'une documentation qui, par son manque de sincérité, ne permette pas au créancier d'apprécier selon les méthodes courantes, la situation financière exacte du crédit.

En d'autres circonstances, le dol aura lieu grâce à la complicité d'un tiers : tel est le cas de renseignements trop élogieux délibérément fournis sur le crédit par un banquier désireux de faire rentrer les crédits qu'il lui a accordés, en permettant à ce crédit de trouver un nouveau créancier. Outre son droit de réclamer, en cas de préjudice, des dommages intérêts à son mauvais collègue, le créancier est fondé, en pareil cas, à demander en justice la nullité du contrat pour dol. L'article 1116 du Code Civil qui réserve le cas où le dol n'émane pas de l'une des parties, ne trouve pas en l'occurrence son application, car le crédit, en s'assurant le concours d'un complice, commet lui-même aussi une manœuvre dolosive qui, sans doute, doit être prouvée, mais qui peut l'être par tous les moyens, y compris la simple présomption.

En résumé, il y a dol entraînant la nullité du contrat chaque fois que le créancier n'a consenti à l'ouverture de crédit que sur la foi de documents trompeurs à lui fournis par le crédit ou son complice.

B. — L'objet

L'objet, en matière d'ouverture de crédit, ne donne lieu qu'à peu de difficultés. Seule, nous l'avons vu dans notre introduction, sa détermination peut prêter, faute d'analyse, à quelque confusion. Le crédit ne correspond pas, nous l'avons vu, à une notion assez précise pour pouvoir être considéré comme l'objet de l'ouverture de crédit : l'objet doit, en effet, être déterminé quant à son espèce (article 1129 Code Civil) et il n'existe pas au point de vue économique un caractère spécifique du crédit. Par ailleurs, pris dans son sens subjectif, le crédit joue dans l'ouverture de crédit, un rôle incontestable : il est la cause efficiente du consentement du créancier ; pris dans son sens objectif, il est parfois le but du contrat. Jamais il n'est l'objet d'une ouverture de crédit.

L'objet de l'obligation du créancier, c'est la convention que prépare l'avant-contrat que nous étudions. Ainsi, l'objet, pour reprendre la définition de l'article 1126 est « une chose » que le créancier « s'oblige à faire », à savoir, l'opération de crédit qu'à la demande du crédit, il accomplira. Cette opération consistera toujours en un contrat accompli à découvert ; mais, ainsi que nous l'avons vu au chapitre précédent, ce contrat pourra revêtir les formes les plus variées et aboutir à des résultats divers : soit à la livraison de choses ou d'espèces de la part du créancier, soit à l'engagement du créancier envers les tiers au profit du crédit.

Le lien qui unit de la sorte l'opération de crédit à l'ouverture de crédit est très étroit. Pour être indépendante par sa nature, de la convention qui lui fait suite, l'ouverture de crédit n'en voit pas moins son sort lié à la valeur contractuelle de

son mode de réalisation : si l'opération de crédit se trouve, pour quelque cause que ce soit, être entachée de nullité, l'ouverture de crédit est, elle-même, nulle faute d'objet. Ce n'est là que l'application des règles générales de notre droit des obligations.

C. — La cause

L'ouverture de crédit implique un but économique commun aux deux parties qui constitue dans tous les cas la raison d'être de ce contrat : ce but est de conférer au crédité l'acquisition en principe de moyens de paiement, soit directs, soit indirects ; de lui donner immédiatement une valeur économique qu'il n'avait pas : l'aptitude à contracter et à obtenir de tel ou tel un découvert, par la mise à sa disposition soit des fonds du créiteur, soit du crédit dont jouit ce dernier. Nous disons que ce but est commun aux deux parties ; pour le créiteur, comme pour le crédité, il constitue la fin du contrat : le créiteur ouvre des crédits pour procurer du crédit ; le crédité contracte pour acquérir du crédit. C'est donc, dans leur cause que les diverses formes d'ouverture de crédit trouvent entre elles ce lien qui les unit. Mais la cause n'en demeure pas moins, ainsi un phénomène d'ordre économique qui, lorsqu'il pénètre dans le domaine juridique, donne lieu à des opérations variées.

Ici, comme dans les autres conventions, le juge se doit de rechercher, en analysant la volonté des parties, le motif déterminant du contrat, ceci afin d'apprécier les qualités mêmes de la cause. Le but du contrat est-il sincère ? Ou bien le contrat d'ouverture de crédit recèle-t-il, en dépit d'une forme irréprochable, une fin immorale, illicite ou contraire à l'ordre public ? Dans cette dernière hypothèse, le contrat d'ouverture de crédit sera nul : les articles 1131 à 1133 du Code Civil, seront appliqués par le juge.

Sera déclarée nulle, par conséquent, l'ouverture de crédit consentie en vue de permettre au crédité l'exploitation d'u-

ne maison de jeux ou d'une maison de tolérance. Sera nulle, également, l'ouverture de crédit dont la réalisation sera assortie de clauses tendant à mettre en échec la loi monétaire, en permettant au crédit de parer à une éventuelle dépréciation de la monnaie nationale. Sera nulle également la convention d'ouverture de crédit réalisable par escompte de traites de complaisance, s'il ressort de l'examen de l'acte et des faits eux-mêmes que le banquier a entendu se faire le complice de cette pratique, en consentant à escompter des effets non causés. Cependant, dans une espèce bien connue (4), les juges, tout en déclarant nuls faute de cause les effets de complaisance escomptés, ont refusé au banquier le bénéfice d'une clause insérée dans l'acte d'ouverture de crédit, d'après laquelle, à défaut de remboursement par le crédit d'un seul des effets escomptés sur sa remise, la dénonciation du contrat pourrait avoir lieu de plein droit. Il ne convient cependant pas de tirer argument de ce jugement, car la question de la cause du contrat d'ouverture de crédit ne fut pas soulevée : seule fut discutée la question de l'exécution de bonne foi de ce contrat ; la bonne foi ne fut pas reconnue au banquier escompteur qui avait entendu se prévaloir de la clause de déchéance alors qu'il avait eu connaissance du caractère fictif des effets et qu'il avait su qu'ils ne seraient pas payés, lorsqu'il avait signé l'acte d'ouverture de crédit.

D. — La capacité des parties

L'article 1123 du Code Civil interdit aux incapables de contracter. Il résulte de cette disposition que le contrat conclu par un incapable n'est pas valide : il peut être déclaré nul.

Il est évident que cette règle s'applique à l'ouverture de crédit comme à tous les contrats. L'application des règles générales ne donne pas lieu ici à des difficultés de principe. Cré-

(4) Trib. Civ. de Montpellier, 22 juillet 1926 ; (G. P. 1926-2-623).

diteur et crédité doivent être capables pour que soit valable l'ouverture de crédit.

La capacité du créiteur, à laquelle Falloise (5) a consacré une longue attention, ne peut donner lieu, à vrai dire, que théoriquement à des anomalies. Si l'on constate, en effet, que dans la presque généralité des cas, c'est une banque — un établissement de crédit — qui joue le rôle du créiteur, on peut admettre que cette personne ou cet organisme sont capables, et dès lors, l'ouverture de crédit ne doit pas donner lieu à une nullité du chef de leur incapacité.

Il n'en est pas de même en ce qui concerne le crédité. La capacité du crédité est un point sur lequel, en fait, le créiteur entend être fixé avant de donner son consentement à l'ouverture de crédit. Un examen trop sommaire de cette qualité du crédité pourrait être, en effet, une source de difficultés ultérieures.

1° MINEURS

Le mineur étant, aux termes de l'art. 1124 du Code Civil frappé d'une incapacité de contracter, ne peut être partie, en tant que crédité, à une ouverture de crédit. Le tuteur a-t-il, par contre, qualité pour faire ouvrir un crédit au mineur ? Il ne peut, évidemment, en la circonstance, s'agir que d'une ouverture de crédit « promesse de prêt ». On imagine mal, en effet, un tuteur voulant entreprendre pour le mineur des opérations de crédit par acceptation ou par aval. Cette forme de crédit ne se rencontre que dans le commerce et constitue dès lors une hypothèse exclue par définition, du cas qui nous intéresse. Par contre, le tuteur peut, parfois, avoir intérêt à obtenir une ouverture de crédit réalisable par avances directes : tel est le cas, en particulier, du tuteur chargé de l'administration des biens d'un mineur propriétaire de domaines d'exploitation agricole, ou simplement d'immeubles. L'entretien du

(5) op. cit. p. 52 et suiv.

bien du mineur peut, parfois, nécessiter un appel de capitaux.

L'article 457 du Code Civil interdit au tuteur d'emprunter pour le mineur sans y être autorisé par le conseil de famille ; « cette autorisation, déclare en outre cet article, ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. Dans le premier cas, le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté par un compte sommaire présenté par le tuteur que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants ». L'article 458 ajoute : « Les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance qui y statuera en chambre du conseil, et après avoir entendu le Procureur (de la République) ».

Peut-on étendre les règles du prêt à l'ouverture de crédit ? Nous ne le pensons pas. L'ouverture de crédit est un contrat différent du prêt, et la loi, en ce qui concerne l'administration des biens du mineur, doit être interprétée restrictive-ment, car elle est une loi de protection d'un incapable. En outre, par définition, l'ouverture de crédit suppose la possibilité d'un prêt dont la nécessité n'apparaît pas certaine, puisque sa réalisation elle-même n'est qu'éventuelle. Dès lors, le conseil de famille ne saurait, avec l'homologation du tribunal, autoriser le tuteur à emprunter alors que les deniers du mineur ne s'avèrent pas absolument insuffisants. Une autorisation de se faire ouvrir un crédit, même limité à un montant déterminé, aboutirait dans le cadre de cette autorisation, à donner au tuteur un droit absolu d'emprunter selon son bon vouloir et sans qu'un besoin immédiat de l'emprunt soit momentanément établi.

Signalons enfin que les restrictions imposées au tuteur, le sont même à l'égard du père, administrateur légal des biens de ses enfants, l'article 389 du Code Civil renvoyant, en l'occurrence, aux dispositions de l'article 457 précité. L'ouverture

de crédit est donc un contrat dont il ne peut être jamais fait usage pour l'administration des biens d'un mineur.

Telle est, du moins, la solution en ce qui concerne le mineur non émancipé.

Si le mineur est émancipé, il convient de faire une distinction : s'il a obtenu l'autorisation de faire le commerce dans les conditions prévues par l'article 2 du Code de Commerce, il est, conformément à l'article 487 du Code Civil, réputé majeur pour tous les actes relatifs à son commerce : il est donc capable de se faire ouvrir un crédit, quel que soit le mode de réalisation de ce crédit. Encore, en pareil cas, le créancier sera-t-il prudent de s'assurer que l'ouverture de crédit qui lui est demandée, doit être utilisée à des fins commerciales par le mineur. Le mineur émancipé non commerçant peut, en outre, obtenir, en vertu de l'article 3 du Code de Commerce, une autorisation pour accomplir les opérations prévues à l'article 632 du même Code, parmi lesquelles se trouvent les opérations de banque. Il faut donc en conclure qu'en pareil cas, il est encore apte à se faire ouvrir un crédit, bien qu'il ne soit pas commerçant. Si, au contraire, le mineur émancipé ne bénéficie pas des autorisations prévues aux articles 2 et 3 du Code de Commerce, ou si les publications prévues par les mêmes textes n'ont pas été faites, nous estimons que sa situation est identique à celle du tuteur. L'article 483 du Code Civil lui interdit de contracter des emprunts sous aucun prétexte, sans une délibération favorable du conseil de famille homologuée par le tribunal. L'article 483, bien que conçu en termes moins rigoureux que l'article 487, doit être néanmoins interprété restrictivement. Ainsi, ne pensons-nous pas que le mineur émancipé puisse contracter une ouverture de crédit, muni simplement de l'autorisation du conseil de famille homologuée. Il doit, en outre, être procédé aux mesures de publicité prévues à l'article 3 du Code de Commerce ; sans cela, d'ailleurs, cet article 3 n'aurait en la matière, aucune raison d'être.

2° FEMMES MARIÉES

La question de savoir si une femme mariée peut se faire ouvrir un crédit donne lieu à des distinctions :

a) *La femme est marchande publique* : En pareil cas, aux termes de l'article 220 du Code Civil et des articles 4 à 7 du Code de Commerce, elle peut, sans autorisation spéciale de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce ; elle oblige également son mari, s'il y a communauté entre eux. Dès lors, il est incontestable que la femme mariée peut, pour les besoins de son commerce, se faire ouvrir un crédit, sans autorisation maritale. Néanmoins, le créancier doit alors s'assurer que le crédit sera utilisé à des fins commerciales, et obtenir de la femme une déclaration dans ce sens. De la sorte, il sera à l'abri des contestations ultérieures, pouvant provenir du mari qui prétendrait n'être pas engagé par une ouverture de crédit consentie par sa femme et utilisée à des opérations n'entrant pas dans l'exercice du commerce de cette dernière. Le créancier ayant usé de toutes diligences et ayant été induit en erreur par la femme, le mari sera obligé, en vertu du consentement exprès ou tacite qu'il aura donné à sa femme de faire le commerce, consentement dont il doit assumer la responsabilité à l'égard des tiers, même si son épouse en a fait un usage abusif.

b) *La femme n'est pas marchande publique* : En principe, la femme ne peut se faire ouvrir un crédit sans l'autorisation expresse de son mari. Cela résulte de l'article 217 du Code Civil : « la femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit ». L'énumération des actes contenus dans cet article n'est pas limitative. Il est admis qu'elle signifie que tous les actes juridiques sont interdits à la femme non spécialement autorisée à cet effet. Une autorisation en justice peut suppléer à l'autorisation du mari, si celui-ci refuse de donner

la sienne, s'il est frappé d'une condamnation entraînant une peine afflictive et infamante, s'il est interdit ou absent, s'il a été condamné pour abandon de famille.

L'autorisation, pour être valable, doit, en principe, être spéciale à chaque acte (article 223). La question peut alors se poser de savoir si l'autorisation du mari à l'acte d'ouverture de crédit, doit, à peine d'être considérée comme générale, être renouvelée pour chaque convention de réalisation du crédit, tels, par exemple, chacun des prêts successifs. Nous ne le pensons pas. L'autorisation donnée à l'ouverture de crédit suffit. Elle n'est pas générale : elle est spéciale à une catégorie d'opérations déterminées : celles de réalisation du crédit. Le mari a su exactement dans quelle limite la femme allait s'engager et il lui a donné à ce sujet son agrément à contracter ses engagements dans l'intérieur même de ces limites.

Une autorisation générale de contracter peut être donnée par le mari à sa femme, mais ses effets sont strictement limités : elle ne peut porter que sur l'administration des biens de la femme. Munie de cette autorisation, la femme ne pourra donc se faire ouvrir un crédit que si ce crédit est nécessité par l'administration de ses biens propres et s'il est destiné à cette administration. Il est également admis, de manière courante, malgré le silence de la loi sur ce point, que la femme séparée de biens peut s'obliger dans les limites de l'administration de ses biens (6). C'est là « une conséquence forcée du droit d'administration que la loi (article 1449 C. Civl) lui attribue », disent Aubry et Rau. S'il en est ainsi, elle peut donc, même sans autorisation générale de son mari, contracter, à cet effet, des ouvertures de crédit ; mais il faut que ces ouvertures de crédit soient nécessitées par une saine administration de ses biens ; telle est, par exemple, la nécessité d'acheter des céréales destinées aux semailles, de faire amender les terres, de

(6) Cf. Aubry et Rau, *op. cit.* V. § 516 et la note 77.

réparer les immeubles, tout autant d'actes entrant dans les limites de la « libre administration ».

Cependant, qu'il s'agisse d'une femme commune munie d'une autorisation générale ou d'une femme séparée de biens non autorisée, le créancier qui consent à ouvrir le crédit court le risque de voir ce crédit utilisé par la femme à d'autres fins qu'à l'administration de ses biens. Dans le second cas, surtout (celui de la femme séparée de biens) le risque du créancier est certain, car le créancier ne peut se prévaloir d'aucune autorisation — même générale — donnée par le mari à l'ouverture de crédit contractée par sa femme. Le mari, en pareil cas, peut ensuite déclarer que l'engagement ainsi contracté par sa femme est nul et qu'en tous cas, il ne lui est pas opposable. C'est la raison pour laquelle le créancier, sollicité par une femme mariée qui lui demande une ouverture de crédit, n'agit qu'avec prudence lorsqu'il subordonne son consentement à une autorisation spéciale donnée par le mari à sa femme.

3° AUTRES INCAPABLES.

L'ouverture de crédit est un contrat qui n'est guère accessible aux autres incapables. L'interdit ne peut se faire ouvrir un crédit, bien que représenté par son tuteur. La personne munie d'un conseil judiciaire ne le peut sans l'assistance de son conseil: bien que l'article 513 du Code Civil qui détermine l'incapacité du prodigue ne fasse aucune allusion à l'ouverture de crédit, le fait qu'il interdit l'emprunt doit être considéré comme suffisamment explicite et avoir pour corollaire l'interdiction d'obtenir contractuellement une promesse de prêt. Serait donc nulle l'ouverture de crédit consentie à un prodigue non assisté. Par contre, rien ne paraît s'opposer à la validité de ce contrat, si ce prodigue s'engage avec l'assistance de son conseil judiciaire.

SECTION II

CONDITIONS DE FORME REQUISES EN MATIÈRE D'OUVERTURE DE CRÉDIT

Quant à sa validité, l'ouverture de crédit n'est soumise à aucune condition de forme : c'est là la conséquence toute naturelle du principe général de la formation consensuelle du contrat en droit français. Pour la formation de l'ouverture de crédit n'entrent donc en jeu que les conditions de fonds qui viennent d'être étudiées.

Il n'en faudrait cependant pas conclure qu'aucune condition de forme ne soit nécessairement requise en matière d'ouverture de crédit. Au moment de la formation de ce contrat, certaines précautions doivent, dans certains cas, être prises par les parties, non pour la validité même du contrat, mais en vue de la préconstitution de la preuve des obligations devant en résulter ; ces précautions sont la confection d'un écrit, formalité requise non « *ad solemnitatem* », mais « *ad probationem* ».

En outre, à l'ouverture de crédit peut être jointe une convention dont la formation est subordonnée à la confection d'un acte authentique : tel est le cas de l'ouverture de crédit garantie par une hypothèque immobilière. En pareil cas, sans doute, la validité comme la preuve de l'ouverture de crédit ne sont pas soumises à la confection d'un acte solennel ; mais pratiquement, c'est par acte notarié que s'accomplira souvent l'ouverture de crédit parce que l'hypothèque est, pour sa validité, soumise à cette formalité.

Il est des cas, enfin (et ce sont les plus fréquents) où aucune condition de forme n'est nécessaire même en vue de préconstituer la preuve de l'ouverture de crédit. Il en est ainsi lorsqu'elle a un caractère commercial, ne fut-ce qu'à l'égard de l'une des parties. En pareil cas, aucun écrit ne vient souvent constater ce genre de conventions : le client s'en remet

à la parole du banquier. Il arrive cependant que, dans la pratique commerciale, certains usages veulent qu'un écrit soit rédigé ; si cette rédaction ne constitue pas une obligation légale, elle n'en est pas moins une coutume qui, à ce titre, peut être prise en considération par les tribunaux consulaires et les Cours d'Appel et donner lieu, dès lors, à des conséquences juridiques indéniables.

Examinons succinctement l'application de ces principes :

1° *Une hypothèque immobilière est jointe à l'ouverture de crédit.*

L'hypothèque peut, en pareil cas, être stipulée dans un acte distinct de l'ouverture de crédit. Cela se rencontre principalement lorsque l'ouverture de crédit est antérieure à la constitution d'hypothèque, cette hypothèque ayant pour but, alors, de conférer au créancier un supplément de garantie exigé de lui. En pareil cas, l'ouverture de crédit peut ne faire l'objet que d'un acte sous seing privé, si elle est civile, d'un simple échange de lettres ou d'une promesse verbale, si elle est commerciale. Seul, l'acte d'affectation hypothécaire doit revêtir la forme authentique prévue à cet effet par l'article 2127 du Code Civil.

En d'autres circonstances, nous voyons l'hypothèque et l'ouverture de crédit stipulées dans un seul et même acte. Cet acte doit alors être authentique (article 2127 du Code Civil). Que se passe-t-il, alors, si l'acte authentique est nul pour défaut de forme, par suite, par exemple, de l'incompétence du notaire qui a procédé à la rédaction de l'acte ? L'hypothèque est certainement nulle. Mais quel doit être le sort de l'ouverture de crédit ? En vertu de l'article 1318 du Code Civil, l'ouverture de crédit doit être déclarée valable : du fait que l'acte a été signé par les parties, il vaut, en effet, comme écriture privée. Toutefois, cette solution ne présente qu'un intérêt théorique, car, en pratique, le créancier pourra alléguer la

corrélation existant entre son engagement de créancier et celui qu'a contracté son client de constituer, séance tenante, une hypothèque valable. En effet, il y a dans cette convention, quelque chose de plus large qu'une simple ouverture de crédit : cette convention est synallagmatique et le créancier est fondé à en demander la résolution en vertu de l'article 1184 du Code Civil (Cf. Chapitre VI).

2° L'ouverture de crédit a, à l'égard des parties, un caractère civil.

Lorsque l'ouverture de crédit n'est pas jointe à une hypothèque immobilière, il n'est pas nécessaire qu'elle soit rédigée par acte authentique. Il en est ainsi même si elle est garantie par une hypothèque maritime (loi du 10 juillet 1885, article 2), une hypothèque fluviale (loi du 5 juillet 1917, article 2) ou une hypothèque sur aéronef (loi du 31 mars 1924, article 14). Dans tous ces cas, un acte sous seing privé suffit.

Le caractère civil de l'ouverture de crédit à l'égard des deux parties entraîne la nécessité d'un acte sous signatures privées. Quelle doit être la forme de cet acte ? L'ouverture de crédit étant un contrat unilatéral, c'est l'article 1326 alinéa 1 qui lui est applicable ; l'acte ne doit donc pas faire obligatoirement l'objet d'une pluralité d'exemplaires, cette formalité n'étant obligatoire que pour les conventions synallagmatiques. L'écrit doit émaner du créancier et doit porter, s'il n'est pas intégralement rédigé de sa main, outre sa signature, deux mentions écrites par lui-même : d'une part l'approbation de l'écriture, de l'autre le « bon pour » avec, en toutes lettres, le montant de la somme maxima pour laquelle le crédit est ouvert.

Notons le caractère exceptionnel de cette hypothèse. L'ouverture de crédit, à caractère civil pour les deux parties, est extrêmement rare. On la rencontrait jadis alors que les notaires pouvaient placer les fonds dont ils étaient dépositaires : on sait qu'un décret du 30 janvier 1890 le leur interdit.

Pratiquement donc, l'ouverture de crédit est toujours consentie par un banquier, et ce dernier, en ouvrant un crédit, accomplit un acte de commerce.

3° *L'ouverture de crédit a, en ce qui concerne au moins l'une des parties, un caractère commercial.*

En pareille hypothèse, l'ouverture de crédit n'est, aux termes de la loi, soumise à aucune forme : elle bénéficie de l'exception contenue dans le 2^e alinéa de l'article 1326 du Code Civil. L'ouverture de crédit peut donc faire l'objet d'un simple échange de lettres ou même d'une simple promesse verbale. Cette dernière hypothèse est la plus fréquente, surtout lorsque le crédit est réalisable par avances directes ou par escompte d'effets de commerce : le banquier donne à son client une « autorisation verbale de découvert », ou une « autorisation verbale d'escompte », et aucun écrit ne vient confirmer la promesse au banquier.

Toutefois, les coutumes en vigueur, en matière de crédit, donnent lieu parfois à la rédaction d'écrits alors qu'aucune règle légale n'y oblige les parties : cette pratique se rencontre principalement en matière de crédit documentaire. L'ouverture de crédit documentaire fait l'objet d'un échange de lettres entre le créancier (banquier) et le débiteur (acheteur). En outre, l'engagement irrévocable contracté par le créancier à l'égard des tiers, donne nécessairement lieu à la rédaction d'un écrit appelé « lettre de crédit commerciale », que le créancier adresse au bénéficiaire du crédit : parfois, l'engagement se donne même par télégramme, mais ce télégramme est toujours confirmé par un écrit qui lui fait suite (article 9 des règles et usances). Les Règles et Usances adoptées à Vienne en 1933, au VII^e Congrès de la Chambre de Commerce Internationale, contiennent même dans une partie « D », une interprétation des termes en usage dans ces écrits.

Devons-nous considérer qu'en pareille matière, la coutume fait loi et qu'un écrit doit nécessairement préconstituer

la preuve d'une ouverture de crédit documentaire ? En ce qui concerne l'engagement irrévocable que prend le créancier, il paraît préférable de répondre affirmativement ; ne serait-il pas choquant de considérer que cet engagement, en dépit de ce caractère irrévocable et des conséquences qui y sont attachées, puisse être prouvé autrement que par un écrit ? En fait, le juge ne considérerait pas l'engagement comme prouvé, si un écrit ne lui était pas présenté. Mais que penser de l'ouverture de crédit que réalise l'opération de crédit confirmé ? Elle peut, en principe, ne faire l'objet que d'une promesse verbale, si nous nous en tenons au texte de la loi. Reconnaissons toutefois, qu'en ce cas, de graves difficultés pourront ultérieurement naître si des contestations surviennent : l'administration de la preuve sera délicate, malgré l'autorisation que donne la loi de la faire par tous les moyens. Dans l'intérêt du créancier, comme du crédité, un échange de lettres doit être conseillé ; cet échange constitue une mesure de prudence car le juge aura naturellement tendance, en cette matière, à ne s'en tenir qu'aux coutumes en vigueur et toute pratique étrangère à ces coutumes sera fatalement considérée par lui avec quelque suspicion.

CHAPITRE VI

Les effets du contrat d'ouverture de crédit

L'étude des effets de l'ouverture de crédit se ramène à la recherche des droits et des obligations qu'engendre ce contrat, considérés, d'une part, dans leur existence même, de l'autre, dans la manière dont cette existence peut être établie.

SECTION I

LES DROITS ET OBLIGATIONS RÉSULTANT DE L'OUVERTURE DE CRÉDIT

Les droits et obligations résultant de l'ouverture de crédit seront successivement examinés aux points de vue de leur étendue et de leur extinction.

§ 1. — L'ÉTENDUE DES DROITS ET DES OBLIGATIONS RÉSULTANT DE L'OUVERTURE DE CRÉDIT

Quelques remarques préliminaires s'imposent à notre attention :

1°) L'ouverture de crédit étant un contrat unilatéral, il apparaît à première vue que seule, l'une des parties ait à sa charge des obligations, l'autre partie étant bénéficiaire des droits en résultant. Nous verrons cependant que, dans une certaine mesure, et tout en conservant ce caractère unilatéral de principe, que nous lui avons reconnu, l'ouverture de crédit peut obliger également le crédité.

2°) Le créateur et le crédité ayant ainsi à leur charge des obligations, tous deux seront également, du fait de ce contrat,

titulaires de droits, l'obligation de l'un des contractants ayant pour corollaire un droit correspondant de l'autre partie.

3°) Les obligations de chacune des parties sont limitées dans leur étendue : cette limite coïncide avec la naissance du droit de la partie obligée, autrement dit, avec la naissance de l'obligation de l'autre partie.

4°) L'ouverture de crédit peut engendrer les obligations les plus diverses. La liberté reconnue aux contractants peut donner lieu ici à certaines particularités. Aussi, les principes que nous indiquerons, quant à l'étendue de ces obligations, sont-ils ceux qui résultent de la nature même du contrat que nous étudions et les règles que nous pourrons en dégager n'auront-elles qu'un caractère purement interprétatif.

I. — Les obligations des parties

A. OBLIGATIONS DU CRÉDITEUR

L'obligation générale du créancier, celle qui résulte essentiellement de l'ouverture de crédit est l'obligation de *réalisation du crédit*. Cette obligation, nous l'avons vu, est une obligation « de faire » ; elle consiste à accomplir, à la demande du crédité, l'opération de crédit qui aura été convenue comme mode de réalisation de l'ouverture de crédit.

a) *Le créancier est, en premier lieu, tenu de réaliser l'ouverture de crédit selon le mode de réalisation qui a été prévu au contrat.* — La question ne fait, en principe, aucune difficulté : en effet, le mode de réalisation est toujours convenu entre les parties. On concevrait mal une ouverture de crédit d'où pussent résulter toutes sortes d'opérations de crédit, sans que la nature de celles-ci soit déterminée. S'il en était ainsi, il est cependant certain qu'alors, l'intention présumée des parties serait de se laisser mutuellement la faculté de réaliser le crédit selon les modes les plus divers. Mais ce n'est là qu'une hypothèse théorique. Cependant, dans certains cas, un problème analogue peut se poser au juge : certaines modi-

fications de détail nécessitées par les circonstances ne peuvent-elles pas, parfois, s'imposer, soit au crédeur, soit au crédité, même si elles doivent aller à l'encontre de certains points de détail relatifs à la réalisation du crédit, tel que les a déterminés l'acte d'ouverture de crédit ? Les tribunaux devant lesquels la question s'est posée ont généralement adopté des solutions libérales ; ils admettent les modifications si celles-ci sont le fait de la force majeure et si elles ne sont pas de nature à aggraver les obligations du crédeur. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'Appel de Rouen, du 7 décembre 1861 (1) a décidé que lorsqu'il a été convenu, dans une ouverture de crédit, que la réalisation s'effectuerait par tirages de traites sur Londres à six mois, le crédité étant contraint, par suite d'une crise commerciale de tirer des traites en France à trois mois, ces traites devaient être néanmoins acceptées par le crédeur.

La réalisation du crédit doit s'effectuer dès que le crédité en manifeste l'intention ; elle peut avoir lieu en une ou plusieurs fois, au gré du crédité.

Le crédeur doit accomplir correctement l'opération de crédit : les obligations à sa charge sur ce point sont le plus souvent celles résultant de l'exercice même de sa profession. Il est responsable de sa faute professionnelle, cette faute revêtant un caractère contractuel lorsqu'elle est commise à l'occasion d'un acte portant sur la réalisation d'une ouverture de crédit. L'une des principales applications qu'ont eues à en faire les tribunaux s'est présentée en matière de crédit documentaire : elle a trait à l'obligation, pour le crédeur, de procéder à la vérification de la régularité des documents et de la conformité de la marchandise : les Règles et Usances déterminent ainsi, de façon assez exacte, l'étendue de ce genre d'obligations ; elles la limitent à une vérification normale, diligence au-delà de laquelle le banquier verrait sa responsabilité

(1) Rec. du Havre 1861-1-233. Cf. aussi : Trib. Civil de Lyon du 25 janvier 1926 (G. T. du 23 septembre 1926).

à couvert. Bien que ces règles ne s'imposent pas aux tribunaux, nous estimons cependant que ces derniers doivent s'en inspirer pour la solution des litiges qui leur sont soumis. Ils ne l'ont pas toujours fait. Par ailleurs, ils ont à ce sujet adopté une attitude d'excessive sévérité à l'égard des banques (2).

D'autres applications intéressantes du principe d'après lequel le banquier est tenu de réaliser correctement le crédit ont été faites par les tribunaux. Citons notamment à ce sujet les espèces suivantes : sur l'obligation de ne pas disposer en faveur du réceptionnaire des marchandises correspondant à des chèques ou des traites documentaires, avant le règlement de ces traites ou de ces chèques : Trib. de Commerce de Marseille, 1928-1-268) ; sur l'obligation dans l'octroi d'un crédit Trib. de Commerce de Marseille du 19 juin 1928 (*Rec. Marseille*, 1928-1-268) ; sur l'obligation dans l'octroi d'un crédit confirmé, de s'en tenir strictement aux instructions du donneur d'ordre ; Seine 27 Février 1920 (*G.P.* 1920-1-603) ; sur l'obligation d'aviser immédiatement le client du non paiement d'un chèque documentaire et de faire le nécessaire pour que ne déperisse pas la marchandise : Trib. Com. de Marseille du 14 février 1928 (*Recueil Marseille* 1928-1-140).

b) *Le créancier est tenu de réaliser le crédit pour le montant qui a été convenu entre les parties.* — Ce montant peut être illimité, mais le cas est rare : Le plus souvent les parties fixent d'un commun accord le montant maximum pour lequel devra être réalisé le crédit. Elles peuvent ultérieurement être, également d'un commun accord, amenées à modifier le plafond du crédit, par exemple à l'augmenter : cette question ne peut présenter de difficultés qu'en ce qui concerne les garanties antérieurement consenties en faveur du créancier.

En principe, le créancier est libéré lorsque la réalisation

(2) Cf. Angers : 17 novembre 1925. (S. 1925-2-95) ; Trib. de Com. de Nantes du 31 mars 1912 (*Rec. Nantes* 1912-1-383) et Aix, 9 février 1925 (*Rev. Dor.* 1925-I-III-254).

du crédit a atteint le montant fixé comme limite. Si donc le crédité a utilisé le crédit pour la somme maxima, qu'ensuite il a remboursé le créancier et, qu'étant de nouveau dans les délais d'utilisation du crédit, il réclame de nouvelles avances, le créancier peut les refuser. Le montant du crédit ne constitue donc pas un plafond au-dessous duquel pourra toujours, pendant une période déterminée, osciller le découvert, mais il doit être considéré comme déterminant le chiffre maximum pour lequel le créancier est tenu de s'exécuter, les montants des opérations de crédit devant ainsi s'additionner. Le projet de Code de Commerce italien a consacré ce principe dans son article 374, paragraphe 2. Signalons cependant qu'il ne s'applique pas lorsque, à l'ouverture de crédit, est jointe une convention de compte courant.

c) *Le crédité est tenu de réaliser le crédit pendant toute la période convenue à cet effet.* — Il peut arriver qu'aucune clause n'ait déterminé la durée d'utilisation du crédit : le juge, pour l'apprécier, doit tenir compte alors de l'intention présumée des parties, de l'usage et des coutumes généralement admises en la matière : une ouverture de crédit par escompte est généralement consentie pour six mois ; une convention de découvert ne l'est que pour trois mois. Nous estimons, enfin, que souvent l'absence de détermination de la durée du crédit doit laisser présumer que le créancier s'est réservé le droit de dénoncer l'ouverture de crédit au moment où il le désirerait. On ne peut fixer ici de règle générale, chaque affaire constituant un cas d'espèce.

Le plus souvent la, durée d'utilisation du crédit est exactement déterminée : elle peut être prolongée selon le consentement des parties. Pareille hypothèse ne soulève aucune difficulté. Il n'en est plus de même si le créancier s'est réservé le droit de ne réaliser le crédit que durant une période variable à son gré, suivant les circonstances : il est généralement admis par la doctrine que ces clauses sont valables, car elles ne cors-

tituent pas une condition protestative. Un arrêt de la Cour de Grenoble du 22 février 1884 (3) a consacré cette validité.

Toutefois, si le créancier est, en pareil cas, libre de faire cesser le crédit quand bon lui semble, il ne peut le faire de manière brutale et vexatoire pour le crédit. Le fait, pour le créancier, de « couper le crédit » brusquement peut avoir pour son client de graves conséquences. Si le droit que s'est réservé le créancier est certain, le fait d'en user avec malveillance et sans motifs plausibles peut être considéré comme un véritable abus de droit. La jurisprudence a eu souvent l'occasion de consacrer ce principe, dans des espèces où les banques en interrompant leurs relations avec leurs clients, ainsi qu'elles s'en étaient réservé le droit, avaient compromis le crédit de ces derniers, alors qu'ils étaient des commerçants honorables (4). Une autre espèce paraît également limiter le droit pour le créancier, de couper subitement le crédit et, pour obtenir le remboursement de ce qui lui est dû, d'user de procédures rigoureuses et de nature à entraîner le dépôt du bilan du crédit (5). Il a été jugé, enfin, qu'avant de « couper la provision », le créancier devait s'assurer qu'aucun chèque n'avait été mis en circulation par son client, et que, le cas échéant, il devait payer ces chèques (6). Sans vouloir critiquer ces décisions, nous estimons cependant que les tribunaux ne doivent appliquer à l'encontre des banquiers la théorie de l'abus de droit qu'avec d'innombrables précautions. Ils ne doivent pas perdre de vue que si les banques se réservent de « couper le crédit » quand bon leur semble, c'est parce que, lorsqu'elles traitent, la situation de leur client ne leur paraît pas mériter grande con-

(3) G. P. 1884-1-73.

(4) Cf. Tribunal de Commerce de la Seine, 2 mai 1931. (G.P. 1933-2-178, sous note C; G.T. 17 novembre 1931). Trib. de Com. de la Seine du 13 avril 1931 (G.P. 1931-2-162; Journ. Trib. Com. 1932-88)

(5) Cf. Montpellier : 18 mars 1930 (D. 1930-2-145 et la note de M. Percerou; Monde judiciaire Midi 1930-82).

(6) Cf. Trib. Com. Seine du 2 mai 1931 et du 13 avril 1931 précités.

fiance. Le plus souvent, lorsque sont stipulées de pareilles clauses, le crédité a sollicité longuement le crédit, avant de l'obtenir. L'ouverture de crédit a parfois été consentie par une banque « de guerre lasse » : le banquier a alors prévenu nettement le crédité en réservant son droit de manière claire et précise ; le crédité savait ce à quoi il s'exposait. Refuser dès lors au banquier créateur d'user pleinement d'une clause de « sauvegarde » librement consentie par les parties, sous prétexte d'un abus de droit, risque de constituer une décision arbitraire et injuste à son égard.

d) *L'obligation de réaliser le crédit lie le créateur au crédit.* — L'ouverture de crédit ne met, nous l'avons vu, que deux parties en présence : le créateur et le crédité. C'est envers le crédité que s'engage le créateur. C'est à son égard qu'il doit être tenu de réaliser le crédit : la réalisation du crédit est l'obligation du créateur et le droit du crédité.

Le crédité peut donner mandat à une personne de recevoir le bénéfice de l'opération de crédit : comme dans tous les contrats, il peut se faire représenter. Enfin, la nature même de l'opération de crédit projetée peut entraîner la désignation par lui des véritables bénéficiaires du crédit, mais il n'en demeure pas moins qu'en vertu de l'ouverture de crédit, c'est à l'égard du crédité seul que le créateur est engagé : il ne s'engage envers les tiers bénéficiaires qu'en vertu de l'obligation qui le lie au crédité.

Le créateur peut ouvrir un crédit à une ou plusieurs personnes qui peuvent devenir créanciers solidaires. Alors, il convient qu'une clause expresse dans l'acte institue cette solidarité, car elle ne se présume pas. Mais le « juge du fonds décide souverainement qu'un crédit ouvert au profit de plusieurs personnes l'a été solidairement et sans fixation de sa part » (7). Lorsqu'il y a solidarité entre les crédités, le crédi-

(7) Carpentier, op. cit. ibid. n° 119 ; Cf. Cass. 18 janvier 1887 (S. 90-1-442 ; P. 90-1-1073 ; D. 87-1-279).

teur peut réaliser le crédit sur l'ordre de l'un ou de l'autre crédité, et une fois le crédit réalisé, le créiteur est délié de son obligation à l'égard de tous.

Le droit de réclamer la réalisation du crédit a un caractère strictement personnel en ce qui concerne le crédité. Aussi n'est-ce qu'à l'égard de cette personne seule qu'est obligé le créiteur. Il en résulte certaines conséquences : les créanciers du crédit n'ont aucun droit sur la réalisation du crédit ; ils ne peuvent exercer les droits du crédit en se prévalant de l'article 1166 du Code Civil. De même, serait inopérante une saisie-arrêt pratiquée par eux entre les mains du créiteur sur le montant pour lequel ce dernier s'est engagé à réaliser le crédit (8). Ainsi que le font remarquer MM. Lyon Caen et Renault : « Une saisie-arrêt suppose essentiellement que le saisi a contre le tiers saisi une créance qui n'a pas pour le premier un caractère purement personnel » (9). En outre, l'« intuitus personæ » jouant un rôle essentiel dans l'engagement que contracte le créiteur, on doit admettre que, sauf stipulation contraire, les droits du crédit sont intransmissibles, que ce soit entre vifs ou à cause de mort. Dès lors, ces droits ne peuvent-ils faire l'objet, sans le consentement exprès du créiteur et du crédité, ni d'une cession de créance, ni d'une délégation, ni d'une subrogation. De même, si le crédit vient à mourir, ses héritiers n'ont aucun droit sur la réalisation du crédit : le créiteur ne peut être par eux, contraint d'accomplir une opération de crédit qu'il a promise au crédité seul, pris personnellement. A la mort de celui-ci, il cesse donc d'être obligé.

Les obligations que l'ouverture de crédit met à la charge du créiteur peuvent être résumées dans la formule générale suivante : le créiteur est, à l'égard du crédité seul et à la de-

(8) Cf. Bourges, 28 novembre 1888 (P.F. 1889-2-142).

(9) op. cit. Tome IV, n° 720.

mande de celui-ci, obligé de réaliser le crédit. Si fermes qu'elles paraissent, ces obligations ont cependant des limites; en certains cas, en effet, en dépit de l'engagement contracté par lui, le créancier a un droit : celui de refuser la réalisation du crédit, et qui trouve sa source dans les obligations mêmes qu'en dépit de son caractère unilatéral l'ouverture de crédit met à la charge du débiteur. Ce sont ces obligations qu'il nous faut maintenant examiner.

B. OBLIGATIONS DU CRÉDITÉ

Comment, en dépit de son caractère unilatéral, l'ouverture de crédit peut-elle engendrer des obligations à la charge du débiteur ? La contradiction qui paraît être à la base même de cette question n'est qu'apparente.^c Lorsque nous disons qu'un contrat est unilatéral, nous entendons que l'un des traits essentiels de ce contrat est la création d'une obligation spécifique à la charge d'une seule des parties. Nous n'entendons dès lors affirmer qu'une chose : l'ouverture de crédit, dépouillée de tous ses éléments et prise dans l'essentiel même des conventions qui caractérisent son espèce, n'engendre d'obligation qu'à la charge d'une des parties, le créancier. Il n'en demeure pas moins qu'ainsi d'ailleurs que tous les autres contrats à caractère unilatéral, l'ouverture de crédit crée nécessairement ou accessoirement des obligations à la charge du débiteur.

Ce sont, disons-nous, tantôt des obligations nécessaires; elles ont, en effet, pour origine cette bonne foi élémentaire qui dans toute convention s'impose à chacune des parties et non pas seulement à celle dont le contrat consacrera l'engagement. Ce sont, tantôt au contraire, des obligations accessoires, nées de clauses diverses qui, jointes à l'ouverture de crédit, constituent avec elle une convention générale, un *super-contrat* ne formant qu'un tout, et dont les obligations qui en résultent sont unies entre elles par un lien de corrélation, sans qu'il faille rechercher à quel élément contractuel elles

trouveront leur source : ce *super-contrat* peut être souvent dénommé « ouverture de crédit » car telle est la convention particulière qui constitue son élément principal ; mais, alors, il n'en faut pas moins se garder de confondre ce qui, en lui, est « ouverture de crédit » et ce qui ne l'est pas. Ces obligations accessoires à la charge du crédité peuvent aussi trouver leur source dans les conventions particulières jointes à l'ouverture de crédit, telles les stipulations de commissions, agios et intérêts ; elles peuvent aussi découler de certaines clauses insérées dans l'ouverture de crédit, et dont le but n'est autre que de déterminer les conditions de l'opération de crédit que prépare cet avant-contrat. Or, l'on sait que l'opération de crédit met toujours à la charge du crédité au moins une obligation de remboursement : cette obligation déterminée dans les clauses secondaires de l'ouverture de crédit, trouve ainsi, en dépit de son caractère éventuel, son principe même dans l'ouverture de crédit, qui, de ce fait, nous apparaît sous les traits d'un contrat « synallagmatique imparfait », espèce assimilable au contrat unilatéral.

Nous sommes ainsi amenés à distinguer trois catégories d'obligations à la charge du crédité, selon les sources qui les ont engendrées :

1^{re} CATÉGORIE — *Obligation résultant de la bonne foi imposée aux contractants* : « La bonne foi, disent MM. Planiol et Ripert (10) est exigée du créancier comme du débiteur. Pour déterminer ce qui est dû, il faut rechercher ce que l'honnêteté permet d'exiger, comme ce qu'elle oblige à accomplir ». C'est, dans cette nécessité de la bonne foi de la part du créancier lui-même que l'obligation du créditeur trouve une première limite : le crédité est obligé, en contractant, d'être de bonne foi. Cette bonne foi doit, en outre, se maintenir pendant

(10) *op. cit.*, Tome VI, n° 399.

toute la durée de l'ouverture de crédit, faute de quoi le créancier doit être considéré comme délié de son obligation.

Il résulte de ce principe un certain nombre d'obligations à la charge du crédit. Nous avons déjà vu, au chapitre précédent qu'il était tenu de fournir au créancier, au moment du contrat, des renseignements exacts et complets sur sa situation financière. De même doit-on considérer qu'en toute bonne foi, il doit, pendant toute la durée de l'ouverture du crédit, informer le créancier de tous incidents graves survenus dans sa situation : un créancier serait fondé à refuser le crédit à son client si, après la conclusion de l'ouverture de crédit, ce dernier se repliait sur lui-même et se refusait à mettre le créancier au courant de sa vie commerciale, en lui refusant, par exemple, la communication des comptes et du bilan des exercices postérieurs à l'ouverture de crédit ou en ne lui mentionnant pas certaines modifications de l'exploitation commerciale ou de la forme juridique de sa société. De même, le crédit ne doit-il pas, pendant toute la durée du crédit, s'adresser à un autre banquier pour obtenir de celui-ci toutes facilités et avances, sans en avoir auparavant obtenu l'agrément du créancier. Le crédit est de plus tenu d'user du crédit ouvert, conformément aux conventions intervenues : un commerçant qui utiliserait à des fins personnelles le découvert qui lui a été consenti pour alimenter la trésorerie de son entreprise, détournerait frauduleusement le crédit de ses fins ; sa mauvaise foi serait évidente. Signalons enfin, et surtout, l'obligation pour le crédit de maintenir pendant toute la durée du crédit, son *standing*, ce que M. Escarra appelle « sa dignité de crédit » (11). L'ouverture de crédit est, en effet, un contrat de *confiance* dans la solvabilité du crédit. Le crédit se doit donc, par la prudence de sa gestion, de maintenir son entreprise (et dans

(11) op. cit. VI, n° 648 et suivants.

la mesure bien entendu où le permettent les circonstances) au niveau auquel elle se trouvait lors de l'ouverture de crédit ; la négligence ou l'imprudence toucheraient ici la mauvaise foi.

Il est certain que toute infraction à ces principes légitimerait fort bien le refus du créancier de réaliser le crédit ou sa décision d'interrompre une réalisation commencée : le juge ne devrait jamais perdre de vue que la franchise et la sincérité doivent toujours présider aux relations qu'entretiennent entre eux le créancier et le crédit.

2^e CATÉGORIE — *Obligations résultant de conventions accessoires, jointes à l'ouverture de crédit* : Une étude de ces diverses conventions fera l'objet du chapitre suivant. Nous ne les envisagerons donc ici que très succinctement, et dans la seule mesure où les obligations résultant pour le crédit de ces conventions peuvent entraîner une limite aux engagements contractés par lui dans l'ouverture de crédit.

Lorsqu'une stipulation de commission d'ouverture de crédit est jointe à ce contrat, le crédit est tenu de payer cette commission au créancier, à l'époque fixée. Faute par lui de s'exécuter, le créancier peut refuser la réalisation du crédit ou l'interrompre. De même, lorsqu'une convention de garantie en faveur du créancier est consentie par le crédit, les obligations en découlant à la charge du crédit doivent être exécutées faute de quoi le créancier est délié de son engagement : il en est particulièrement ainsi quand la garantie consentie par le crédit est inefficace dès sa constitution, soit que la valeur de la chose gagée soit fictive, soit que le rang hypothécaire ne confère pas la sûreté effectivement promise, soit surtout que la garantie se trouve entachée de nullité. Dans tous ces cas, le crédit doit être considéré comme n'exécutant pas les obligations à sa charge et le créancier est parfaitement fondé, alors, à refuser la réalisation du crédit. Nous devons admettre la même solution pour le cas où la sûreté conférée par le crédit au profit du créancier vien-

drait à perdre de sa valeur : le crédité devrait être considéré comme tenu d'accorder au créiteur un supplément de garantie équivalant à cette perte de valeur. C'est ainsi que le crédité qui a remis en nantissement des titres venant par la suite à baisser de 60 % est tenu de donner en gage au créiteur de nouveaux titres pour un montant égal à cette baisse. S'il ne peut les donner lui-même, il doit fournir au moins une caution susceptible au besoin d'appuyer elle-même son engagement sur un nantissement. De même, lorsque devient insolvable la caution solidaire fournie par le crédité, ce dernier est tenu d'en procurer une nouvelle au créiteur. La question peut se poser de savoir si le supplément de garantie ainsi fourni doit être exactement de même nature que la première sûreté. Un crédité ayant par exemple, en garantie d'une ouverture de crédit, consenti un nantissement de titres dont la valeur a par la suite considérablement baissé, est-il tenu de conférer au crédité un supplément de garantie de même nature, ou, peut-il, à défaut, proposer valablement, de fournir une caution solvable ? Nous estimons qu'il y a là une question de fait sur laquelle le juge peut statuer souverainement en appréciant la valeur exacte du supplément de garantie qui est proposé : si la caution présente une solvabilité incontestable, ou bien si elle offre d'appuyer son engagement sur une garantie réelle, efficace, nous estimons que, sauf clause contraire, les propositions du crédité ne sauraient être refusées par le créiteur. Il n'en serait pas de même si les garanties offertes ne présentaient pas une qualité suffisante. Le plus souvent, d'ailleurs, les clauses insérées dans la convention de garantie prévoient l'hypothèse de la baisse de valeur de la sûreté conférée au créiteur et elles déterminent exactement les obligations qui en ce cas reviendront à la charge du crédité. Mais, lorsque rien n'est prévu à ce sujet, le juge se doit d'interpréter par tous les moyens mis à sa disposition, l'intention présumée des parties.

3^e CATÉGORIE — *Obligations résultant des clauses déterminant les conditions de la réalisation du crédit* : L'opération de crédit met toujours à la charge du crédité une obligation de remboursement, lorsque le crédit est réalisable par livraison de choses ou d'espèces. En outre, dans la plupart des cas, le crédité est tenu, en contrepartie de la réalisation du crédit, de verser au créiteur des intérêts ou de lui payer le montant d'une commission déterminée. Ce sont-là, nous l'avons vu, des obligations qui trouvent leur source dans l'opération de crédit et non dans l'ouverture de crédit elle-même. Mais, cet avant-contrat préparant le contrat qui lui fait suite, elles apparaissent *éventuellement* jointes avec un certain lien de corrélation à l'engagement du créiteur. Nous avons vu que l'ouverture de crédit était un contrat synallagmatique imparfait. Si donc le crédité ne paye pas, à leur échéance, les intérêts ou commissions, s'il ne rembourse pas à l'époque fixée le montant du crédit qui lui a été consenti, le créiteur est fondé à refuser la continuation du crédit : ici encore l'obligation de ce dernier trouve, en pareil cas, une limite incontestable.

Dans le même ordre d'idées, l'ouverture de crédit peut déterminer certaines obligations à la charge du crédité, lors de la réalisation du crédit : tel est le cas de l'obligation, pour le crédité, dans une ouverture de crédit par escompte, de remettre au créiteur des effets d'une certaine nature et qualité. Si ces effets se révèlent d'une qualité inférieure, s'ils donnent lieu, par exemple, à un pourcentage d'impayés excessif, s'il s'en trouve qui sont des tirages « de complaisance », ou, chose plus grave encore, des tirages « en l'air », il est incontestable que le créiteur est fondé à « couper net » le crédit.

L'existence de ces diverses obligations à la charge du crédité ne fait aucune difficulté lorsqu'est rédigé un acte d'ouverture de crédit contenant à ce sujet des clauses précises. Dans le cas contraire, on ne saurait cependant nier que le crédité soit engagé de la sorte. Tout, évidemment est une question de

preuve, mais, sauf clause contraire, on doit considérer que l'ouverture de crédit doit se réaliser par des opérations accomplies selon les usages et la coutume. Or, pratiquement, l'opération de crédit donne lieu au paiement d'intérêts et de commissions déterminées dans chaque place par des ententes entre banques. De même, le remboursement, le pourcentage d'impayés, la nature du papier, s'ils ne font l'objet d'un statut déterminé, donnent lieu de la part du banquier à une attitude toujours similaire et qui constitue un usage dont le juge peut s'inspirer pour apprécier à ce sujet l'étendue exacte de l'obligation du crédit.

Telles sont les obligations que l'ouverture de crédit met à la charge du crédit, et qui, de la sorte, limitent d'autant l'engagement du créditeur. Ces mêmes obligations ont pour corollaire des droits dont le créditeur est titulaire et que nous étudierons avant même d'examiner ceux dont bénéficie le crédit.

II. — Les droits des parties

A. LES DROITS DU CRÉDITEUR

Les droits du créditeur sont, nous l'avons dit, le corollaire des obligations du crédit. Ces droits peuvent être résumés dans la formule suivante : le créditeur est fondé à ne pas réaliser le crédit lorsque le crédit ne satisfait pas à ses obligations. Il existe, en effet, un véritable lien de corrélation entre les obligations du crédit et celles du créditeur : le caractère unilatéral de principe que nous avons reconnu à l'ouverture de crédit ne s'y oppose pas. Dès lors, le droit de se refuser à la réalisation du crédit ou à sa continuation peut donner lieu aux conséquences suivantes :

a) Le créditeur, en cas d'inexécution des obligations du crédit, bénéficie d'une véritable *exceptio non adimpleti contractus*. Il peut exciper de cette inexécution pour refuser lui-même de continuer l'exécution de ses propres obligations.

b) Le créancier peut, en cas d'inexécution des obligations du débiteur, demander en justice la résolution du contrat d'ouverture de crédit, en application des articles 1134 § 2 (décidant que les obligations doivent être exécutées de bonne foi) et 1184 du Code Civil. Ainsi que le font remarquer MM. Planiol et Ripert (12) : « L'article 1134 ne sanctionne pas seulement l'exécution des obligations nées des contrats synallagmatiques, mais aussi des contrats unilatéraux ». La rédaction de l'article 1184 qui ne paraît viser que les contrats synallagmatiques, ne doit pas être interprétée dans un sens littéral et l'application de cet article peut être étendue à l'ouverture de crédit.

c) Le créancier peut, lorsqu'il estime que le débiteur n'a pas satisfait à ses obligations, rompre à ses risques et périls le contrat. Si, par la suite, le juge estime que le débiteur n'a effectivement pas accompli ce à quoi il était obligé, il ne doit pas condamner le créancier qui a ainsi, de sa propre initiative, dénoncé le contrat, car la résolution est justifiée. C'est là une exception au principe que « nul ne peut se faire justice soi-même », principe qui, disent MM. Planiol et Ripert « n'a pas une valeur absolue » (13).

d) Une clause de résolution de plein droit au profit du créancier, en cas d'inexécution des obligations du débiteur, peut être insérée dans une convention d'ouverture de crédit : elle est parfaitement valable et le plus souvent, elle doit, même, être considérée comme existant de manière tacite. Il en est ainsi lorsque l'ouverture de crédit n'est constatée dans aucun acte et que son statut n'est régi que par des usages et coutumes. On doit estimer en effet qu'en pareil cas, la bonne foi dans l'exécution des conventions revêt encore un caractère plus important, et que les parties ont fait d'elle le principe di-

(12) op. cit. VI, n° 421 ; Cf. également, Capitant : op. cit. n° 156 ; Demolombe XXV-492 et suiv. ; Larrombière : sur l'article 1184, n° 3 ; Huc VII n° 257.

(13) ibid. n° 428.

recteur de l'ouverture de crédit dont elles n'ont pas cru devoir se réserver la preuve écrite.

e) Si le créancier fait la preuve d'un préjudice, il peut demander en justice contre le crédit des dommages intérêts pour inexécution par celui-ci de ses obligations : les banques surveillent toujours leurs engagements dans le but d'équilibrer leur trésorerie en fonction de leurs exigibilités éventuelles. Le créancier a donc pu réserver des fonds affectés ainsi à l'ouverture de crédit projetée, dont, sans cette affectation, il aurait tiré profit de l'emploi dans d'autres opérations : ce manque à gagner peut être le fondement légitime d'une action en dommages-intérêts contre le crédit qui n'a pas accompli ses obligations.

B. LES DROITS DU CRÉDITÉ

En vertu de l'ouverture de crédit, le crédit a le droit d'exiger du créancier la réalisation du crédit : c'est là l'effet essentiel de l'avant-contrat que nous étudions.

Ce droit à la réalisation du crédit donne lieu aux applications suivantes :

a) Le crédit est fondé à demander la réalisation du crédit, selon les conditions fixées au contrat (Cf. obligations du créancier). Il peut réclamer cette réalisation en une ou plusieurs fois, et quand bon lui semble, pendant toute la durée du crédit.

b) Le crédit peut, s'il le veut, ne pas utiliser le crédit. La réalisation du crédit est un droit pour le crédit, mais un droit dont il lui est possible de ne pas faire usage s'il le désire. Toutefois, le droit de ne pas utiliser le crédit que nous reconnaissons ainsi au crédit, comporte lui-même certaines limites. Ces limites peuvent en premier lieu être d'ordre conventionnel : une clause peut être insérée dans l'acte d'ouverture de crédit, d'après laquelle le crédit s'engage à payer au créancier une commission pour le cas où il n'utiliserait pas le crédit.

Cette clause est incontestablement valable. Elle repose sur la considération que le créancier a, par l'ouverture de crédit, été obligé de tenir le crédit à la disposition de son client et cette affectation a pu entraîner pour lui une indisponibilité d'une partie de son actif, partie que, sans cette ouverture de crédit, il aurait pu employer utilement à de fructueux placements; la commission prévue en cas de non utilisation du crédit a donc pour but d'indemniser le créiteur. En outre, le crédité ne doit pas faire un usage abusif de son droit de ne pas utiliser le crédit, sous peine de quoi le créiteur serait en droit de lui demander en justice une indemnité. Il en serait ainsi si le crédité s'était fait ouvrir un crédit, sans intention de l'utiliser et uniquement dans le but de nuire au créiteur en immobilisant ses fonds (14). La même solution doit être appliquée au crédité qui, ayant obtenu un crédit d'un premier banquier, ne l'utilise pas et se fait ouvrir un nouveau crédit auprès d'un second banquier.

c) Le crédité est fondé à effectuer un remboursement anticipé du crédit réalisé. C'est là une conséquence de son droit de ne pas user du crédit. Ici encore, son droit subit les mêmes restrictions que ci-dessus. En particulier, le remboursement anticipé peut faire l'objet d'une stipulation d'indemnité parfaitement valable (15).

Quelle est la sanction des droits du crédit ? La question peut principalement se poser en ce qui concerne le droit pour le crédité de demander la réalisation du crédit. Si le créiteur lui refuse, sans aucune raison valable, cette réalisation, le crédité a le choix entre deux moyens :

— ou bien forcer le créiteur à l'exécution, en sollicitant au besoin du tribunal la condamnation du crédité à des astreintes et en usant contre celui-ci de toutes voies d'exécution.

— ou bien demander en justice, avec la résolution du con-

(14) Cf. Carpentier, *ibid.* n° 169.

(15) Trib. Civ. de Marseille : 14 juin 1912 (Rec. Marseille 1913-2-8).

trat, des dommages-intérêts à l'encontre du créditeur, pour rupture abusive de contrat. C'est le parti d'ailleurs que prendra, le plus souvent le crédité.

§ 2. — L'EXTINCTION DES DROITS ET OBLIGATIONS RÉSULTANT DE L'OUVERTURE DE CRÉDIT

Plusieurs causes peuvent mettre fin aux droits et obligations auxquels une ouverture de crédit a donné naissance. Parmi ces causes, les unes sont volontaires, les autres forcées. Les premières ne donnent, en principe, lieu à aucune difficulté. Telles sont : la dénonciation légitime de l'ouverture de crédit, la réalisation intégrale du crédit, l'arrivée d'une condition devant entraîner la résolution du contrat, enfin, la renonciation aux droits nés du contrat, consentie d'un commun accord par les parties.

Les causes forcées d'extinction des droits et obligations résultant de l'ouverture de crédit peuvent donner lieu à certaines difficultés, et méritent quelque attention. Certaines de ces causes consistent en un changement profond dans la personne du contractant : Parmi elles, il convient en premier lieu de citer le décès, si les parties sont des personnes physiques et la dissolution, si elles sont des personnes morales. En outre, *l'intuitus personæ* jouant, ainsi que nous l'avons vu, un rôle très important en matière d'ouverture de crédit, la perte de certaines qualités dans la personne du créditeur ou du crédité sont de nature à affecter profondément les effets du contrat : tel est le cas de la survenance d'une incapacité ou de la faillite de l'une des parties, tel aussi un changement dans le statut juridique du crédité. Enfin, une dernière cause consiste, non plus en une modification d'ordre personnel de l'une des parties, mais en un défaut de diligence : c'est la prescription.

Parmi les causes que nous avons énumérées, le décès et la perte de la personnalité juridique de l'une des parties, la faillite du créditeur, celle du crédité, le changement du statut

juridique du crédit, la prescription, nécessitent certaines explications.

1° *Le décès ou la perte de la personnalité juridique de l'un des contractants.* Le décès du créateur est une cause d'extinction des obligations mises à sa charge par l'ouverture de crédit. Il est communément admis que, sauf convention contraire, le crédit ne peut exiger des héritiers du créateur la réalisation du crédit. De même, nous avons vu que le décès du crédit mettait fin aux obligations du créateur, les héritiers du crédit ne pouvant alléguer tenir de la succession de celui-ci un droit dont le caractère personnel entraîne l'intransmissibilité, même à cause de mort. Si les parties sont des sociétés, leur dissolution a les mêmes effets que le décès pour les personnes physiques : les obligations et les droits engendrés par l'ouverture de crédit sont éteints (16).

2° *La faillite des contractants.* La faillite de l'un des contractants met fin à l'ouverture de crédit : c'est là l'une des conséquences du dessaisissement. Toutefois, ainsi que le fait remarquer M. Escarra (17), si, en vertu de l'article 470 du Code de Commerce, le syndic du créateur était autorisé à continuer le commerce, au nom de la masse, « l'obligation née de l'ouverture de crédit » ne serait pas éteinte ; « elle deviendrait dette de la masse ». La question soulève cependant certaines difficultés. Alors que la loi du dividende doit s'appliquer aux créanciers chirographaires dans la masse, il paraît choquant d'admettre que le crédit puisse, sous prétexte qu'il devient créancier de la masse, recevoir intégralement le montant de la réalisation du crédit. A l'inverse de la faillite du créateur, nous estimons que celle du crédit entraîne dans tous les cas, l'extinction de l'obligation du créateur : c'est la consé-

(16) Cf. Limoges, 23 août 1873 (S. 1873-2-227 ; D. 1874-5-285 ; J. Pal. 1873-1111) ; Cass. Réq. 1^{er} juillet 1874 (J. Pal. 1875-1045 ; S. 1875-1-417 ; D. 1875-1-156).

(17) op. cit. n° 654.

quence de l'intuitus personnæ qui a déterminé le créancier à consentir l'ouverture de crédit : il est incontestable que la perte de la « dignité du crédit » que constitue la faillite, entraîne automatiquement la déchéance du crédit. Nous estimons que la même solution doit être adoptée dans le cas de liquidation judiciaire du crédit, même si, par la suite, celui-ci obtient un concordat. Si, enfin, le crédit, par suite de difficultés, bénéficie d'un règlement amiable homologué, le fait qu'il n'a pu faire face intégralement à ses engagements à l'égard des tiers constitue une altération telle de son crédit qu'il doit entraîner, de même, l'extinction de l'obligation du créancier.

Plus délicate encore est la question soulevée par l'ouverture de crédit consentie pendant la période de cessation des paiements. En effet, la nullité résultant de l'article 447 du Code de Commerce pour les actes passés en connaissance de cause pendant la période de cessation des paiements, est subordonnée à la condition que l'acte soit de nature à être préjudiciable à la masse des créanciers. Or, tel n'est pas nécessairement le cas d'une ouverture de crédit. La solution à apporter à la question dépend principalement de circonstances de fait, et le juge peut, à ce sujet, faire usage de son plein pouvoir d'appréciation (18).

3° *Le changement de statut juridique du crédit.* En raison du caractère strictement *personnel* des droits du crédit, il apparaît qu'une modification profonde dans le statut juridique de ce crédit doive entraîner l'extinction des obligations du créancier. Si, en particulier, le crédit est une société, sa transformation de société en nom collectif en société anonyme est de nature à mettre fin aux obligations du crédit, alors même que les membres de l'ancienne société en nom collectif se retrouveraient comme actionnaires et administrateurs de la société nouvelle (19).

(18) Cass. Civ. 26 juillet 1897 (D. 1901-1-28).

(19) Cass. 1^{er} juillet 1874 (S. 1875-1-415 ; D. 1875-1-156).

4° *Prescription des droits et obligations résultant d'une ouverture de crédit.* Les droits et obligations résultant d'une ouverture de crédit se prescrivent en principe par *trente années* (article 2262 C. Civ.). Il en est donc ainsi, même lorsque les actions résultant d'un mode spécial de réalisation du crédit font l'objet de prescriptions de courte durée (20).

Remarquons, toutefois, que la prescription des actions résultant d'une ouverture de crédit est, en raison de son caractère trentenaire, d'ordre purement théorique, d'autant, qu'en outre, le crédité ne peut utiliser son crédit que pendant une période déterminée et qui est généralement brève.

SECTION II

DE LA PREUVE, EN MATIÈRE D'OUVERTURE DE CRÉDIT

Les problèmes de la preuve, en matière d'ouverture de crédit ne se présentent le plus souvent que de façon indirecte : généralement, ce que les magistrats doivent juger est moins le point de savoir si tel mode de preuve fourni est légalement admissible que si tel document a par lui-même une valeur probatoire suffisante pour être pris en considération. Résulte-t-il de sa production que les parties ont ou n'ont pas entendu s'engager dans tel ou tel sens et que, de ce fait, elles sont ou non obligées ? Dès lors, le problème n'est plus tant un problème de preuve que d'interprétation des conventions (21). La recherche de l'intention présumée des parties devenant alors le fait essentiel de semblables litiges, ce sont surtout les principes des articles 1156 et suivants du Code Civil qui doivent retenir l'attention du juge : conformément à l'article 1159, les usages bancaires doivent être, en pareille circonstance, une

(20) Cf. Cass. 28 avril 1900 (S. 1900-1-277; D. 1901-1-17; P.F. 1900-1-331); Paris 28 décembre 1898 (*La Loi*, du 24 mai 1899).

(21) Req. 23 février 1927 (S. 1928-1-27); Limoges 15 octobre 1926 (G.P. 1929-1-15).

source précieuse à laquelle les parties doivent avoir recours pour éclairer la religion du tribunal.

Ainsi, l'admissibilité de la preuve ne soulève, en la matière, que peu de difficultés : sa préconstitution n'est obligatoire, nous l'avons vu, que dans les rares cas où l'ouverture de crédit revêt à l'égard des deux parties, un caractère civil. Le plus souvent, ce contrat est commercial, au moins pour le créateur ; il est donc soumis au principe de la liberté de la preuve (art. 109 du Code de Commerce étendu à l'ensemble des actes de commerce). Sa preuve peut être faite par tous les moyens, y compris les simples présomptions. C'est là, en somme, l'application des principes généraux et il ne semble pas que cette application doive soulever de questions délicates.

Les difficultés se sont surtout présentées à l'occasion de la réalisation du crédit : d'abord, la question a intéressé le fisc de savoir par quel moyen il pourrait établir cette réalisation afin de percevoir les droits d'enregistrement auxquels elle donnait lieu. En outre, le créateur, poursuivi par le crédité, a pu être amené à faire la preuve de la réalisation. Pouvait-il, dans tous les cas, le faire librement ?

Les tribunaux ont admis que la réalisation du crédit obéissait en ce qui concerne la preuve, au droit commun. Il convient donc de distinguer, selon qu'elle a, elle-même, un caractère civil ou commercial. Dans le premier cas, la preuve sera faite par un écrit, et, à défaut, par l'aveu, le serment ou le commencement de preuve par écrit. En cas d'impossibilités matérielles de rédiger un écrit, la preuve par témoins et présomptions pourra également suffire (articles 1341 et suivants du Code Civil).

Si la réalisation du crédit est commerciale, c'est par tous les moyens qu'elle pourra être prouvée, même par présomptions. L'existence d'usages et de coutumes bancaires fournira souvent une base sérieuse à ces présomptions. La preuve peut aussi résulter du témoignage, de l'échange de correspondan-

ces, des extraits de compte, des livres de commerce des parties, des écritures de banque (22).

La question s'est posée de savoir si, en cas d'ouverture de crédit garantie par une hypothèque, le créancier pouvait, à l'égard des tiers inscrits, prouver la réalisation fixant le montant de sa créance garantie par tous les moyens, ou si, pour être opposable aux tiers, la réalisation devait être constituée par des actes authentiques ou des actes ayant, au moins, date certaine. Une opinion approuvant cette dernière exigence aurait eu le défaut de gêner considérablement la réalisation du crédit en la privant de cette souplesse qui doit être sa qualité essentielle. La jurisprudence belge avait eu, la première, à statuer sur ce point (23). L'article 80 § 3 de la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 reproduit par l'article unique de la loi du 25 avril 1889 a tranché la question : « la délivrance des fonds pourra être établie par tous les moyens légaux ». C'est donc la solution libérale qui l'a emporté, solution adoptée également par la jurisprudence française (24).

L'ouverture de crédit peut contenir des clauses relatives à la preuve, notamment à la preuve de la réalisation du crédit. Ces conventions sont parfaitement licites : les parties libres de régler leurs droits peuvent également en régler la preuve (25). C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Gand (26) a déclaré valable la clause par laquelle la réalisation du crédit ne pourrait être établie que par des quittances, à l'exclusion de la preuve testimoniale.

Toutefois, les conventions sur la preuve ne se présument

(22) Douai, 17 février 1833 (S. 1834-2-279) ; Cass. 2 juin 1891. (D. 1892-1-333 ; S. 1891-1-548).

(23) Cf. Falloise, op. cit. n° 100, page 95 note 2 ; Cass. Belge, 12 décembre 1884 (Pass. 1845-1-78) et 27 décembre 1849 (Pas. 1850-1-53).

(24) Cass. 2 juin 1863. (D. 1863-1-337) ; Paris 18 janvier 1901 (G.P. 1901) ; Cass. Req. 10 janvier 1928 (S. 1928-1-159).

(25) Cf. Ripert. *Les limites à la liberté contractuelle*. Cours de Doctorat professé à la Faculté de droit de Paris, en 1929-1930.

(26) 1^{er} août 1878 (Pas. 1878-2-337).

pas; elles doivent même être exprimées avec infiniment de clarté. Ainsi s'est posée récemment, devant la Cour de Cassation, la question de savoir si, lorsque les parties avaient convenu que seule, la signature par les crédités du procès-verbal de réception d'une construction « vaudrait constatation par eux de la réalisation du crédit », il s'ensuivrait qu'elles aient entendu « interdire au créiteur tout autre mode de preuve de l'exécution de ses obligations et laisser ainsi cette preuve à la discrétion du crédité, sans même qu'il puisse être fait état de l'aveu de ce dernier ». La Cour d'Appel de Nancy, dans un arrêt du 13 mai 1927, avait répondu par l'affirmative. Mais la Cour de Cassation (27) a cassé cet arrêt, motif pris de ce qu'« en prêtant à la clause litigieuse le sens qu'il lui avait attribué, l'arrêt en avait à la fois dénaturé les termes et l'esprit ». En somme, ce que paraît avoir voulu éviter la Cour de Cassation, en l'espèce, c'est d'admettre que le créiteur ait consenti à la mesure rigoureuse qu'aurait constitué pour lui une convention limitant ses moyens de preuve, alors que cette intention ne ressortait pas de manière indéniable des termes de la convention : la clause est licite, mais elle doit être écrite en termes formels, faute de quoi c'est le droit commun sur la preuve qu'il convient d'appliquer. Cette solution est faite de sagesse et de bon sens.

(27) Civ. 10 mars 1936 (G.P. 1936-1-826).

CHAPITRE VII

Les conventions accessoires jointes à l'ouverture de crédit

L'ouverture de crédit, dans les chapitres qui précèdent, a été étudiée en tant que contrat-type, dépouillé en somme de toutes ses contingences, et ramené à ce qu'il a d'essentiel. Pratiquement, l'ouverture de crédit ne se rencontre ainsi que très rarement à l'état pur : elle apparaît le plus souvent jointe à des conventions accessoires qui n'altèrent en rien sa nature, mais qui peuvent modifier ses effets ou les compléter heureusement.

Nous n'entreprendrons pas ici l'examen de toutes ces conventions. La liberté contractuelle laisse aux parties un champ presque illimité pour convenir de ce qui leur plaît. Aussi les conventions jointes à l'ouverture de crédit sont-elles nombreuses et peuvent-elles présenter les modalités les plus diverses.

Il est, cependant, trois catégories de conventions accessoires qui méritent une attention particulière tant en raison de leur fréquence qu'en considération des problèmes juridiques qu'elles peuvent soulever.

1°) La première catégorie de ces conventions groupe toutes celles qui résultent du caractère onéreux de l'ouverture de crédit : ce sont les stipulations d'intérêts, commissions et agios, consenties en faveur du créancier, comme prix du service par lui rendu, soit en ouvrant le crédit, soit en le réalisant.

2°) La deuxième catégorie de conventions porte sur la réalisation du crédit : le but de ces conventions est de confé-

rer à cette réalisation plus de souplesse et de donner, de la sorte, à l'ouverture de crédit, son plein rendement : ce sont les conventions de compte-courant jointes à l'ouverture de crédit.

3°) Enfin, il est des conventions résultant de la faible confiance que le crédité peut inspirer au créiteur : elles ont pour effet de limiter le risque qu'assume le créiteur en ouvrant le crédit, parfois même de le réduire à néant : telles sont les diverses conventions de garantie consenties en faveur du créiteur ; telles sont aussi les conventions d'assurance-crédit.

Chacun de ces trois groupes de conventions fera l'objet d'une section de ce chapitre.

SECTION I

LES STIPULATIONS D'INTÉRÊTS COMMISSIONS ET AGIOS

L'ouverture de crédit étant un contrat à titre onéreux, le créiteur a en vue, lorsqu'il contracte, un bénéfice pécuniaire. Ce bénéfice ne provient cependant pas directement de l'ouverture de crédit. Ce contrat, est, en effet, unilatéral : il ne crée par lui-même aucune obligation immédiate de payer à la charge du crédité.

Quel est, dès lors, le fondement juridique de la perception, par le créiteur, de sommes constituant son bénéfice ?

En premier lieu, il existe fréquemment des stipulations d'intérêts et de commissions qui sont jointes à la convention d'ouverture de crédit elle-même, se soudent, pour ainsi dire, à elle, pour ne former avec elle qu'un bloc conventionnel, ayant, lui, tous les aspects d'un contrat synallagmatique. En outre, l'avant-contrat, dans la mesure où il prépare des opérations de crédit, en détermine les conditions ; de la sorte, les commissions et intérêts dus en retour de la réalisation du cré-

dit se trouvent-ils stipulés dans l'acte même d'ouverture de crédit, et, pour éventuelle que soit leur existence, ils n'en ont pas moins déjà une valeur de principe.

A. — Les stipulations de commission se rapportant à l'ouverture de crédit elle-même

Citons :

1°) Les stipulations de commission d'ouverture de crédit, proportionnelles au montant du crédit ouvert, et qui, ainsi que nous l'avons dit, mettent à la charge du crédité une obligation unie par un lien de corrélation à celle qu'assume le créditeur par l'ouverture de crédit.

2°) Les stipulations d'indemnité en cas de non utilisation du crédit ou de remboursement anticipé. Ainsi que leur nom l'indique, elles constituent moins un gain pour le créditeur qu'une indemnisation pour le cas où les opérations de réalisation du crédit ne seraient pas de nature à rémunérer légitimement le capital dont l'ouverture de crédit a nécessité l'immobilisation. Ces stipulations ont ceci d'intéressant qu'elles donnent naissance à une obligation facultative à la charge du crédité : l'obligation pour le crédité, étant d'utiliser intégralement, quant à son montant ou quant à sa durée le crédit consenti, la « *facultas solutionis* » étant le paiement de l'indemnité.

B. — Les stipulations d'intérêts et de commissions se rapportant à la réalisation du crédit

Nous avons vu que l'ouverture de crédit était un avant-contrat fait pour préparer des opérations de crédit et en déterminer les conditions. A ce titre, nous trouvons donc, faisant partie de cet avant-contrat, des clauses préparant la rémunération des opérations de crédit. Prises à la date de l'ouverture de crédit, les obligations dérivant de ces stipulations n'ont qu'un caractère éventuel. Mais elles n'en ont pas moins

« éventuellement » un lien de corrélation avec les obligations à la charge du créiteur auxquelles donne naissance l'ouverture de crédit.

Parmi ces diverses stipulations, il convient de citer :

1°) Les stipulations d'intérêts, pour le cas où l'ouverture de crédit serait réalisable par des prêts d'argent. Le taux des avances est le plus souvent stipulé variable en fonction des changements que pourrait subir celui de la Banque de France. Il est par exemple décidé que ce taux sera : « le taux Banque + 1 » ; dans ce cas, s'il arrivait que le taux des avances de la Banque de France allait varier de 4 % à $4\frac{1}{2}$ %, celui de l'intérêt des avances consenties en vertu de l'ouverture de crédit, passerait de $4 + 1$ (= 5 %) à $4\frac{1}{2} + 1$ (= $5\frac{1}{2}$ %).

2°) Les stipulations de commissions de découvert qui viennent s'ajouter aux précédentes : mais, alors que ces dernières ont pour but la rémunération du capital prêté, celles-là, au contraire, visent la rémunération du service rendu par le banquier créiteur. Elles sont calculées au moyen d'un pourcentage, généralement infime, sur le plus fort découvert ou le découvert moyen, et supposent dès lors que les avances sont faites en compte-courant.

3°) Les stipulations d'escompte : le mot escompte étant entendu ici dans son sens de « rémunération du capital prêté » et le seul trait le séparant de l'intérêt étant sa perception, faite par déduction sur le capital avancé. Le taux de l'escompte est également sujet aux modifications que peut subir celui de la Banque de France en fonction duquel il varie.

4°) Les stipulations d'agios qui ont pour but de rémunérer le banquier de la manipulation des effets (commissions dites « de broche » pour les effets d'un faible montant) et de leur encaissement, stipulations donnant lieu principalement à des commissions dites « de change » et qui varient selon que les effets sont « bancables » (c'est-à-dire tirés sur des places où la Banque de France est établie) ou « déplacés ».

5°) Les stipulations de commissions d'acceptation (de 1/4 % à trois mois) et de caution, sujettes selon les cas à diverses modalités).

6°) Les stipulations ayant trait, à la réalisation du crédit en compte-courant : commissions de découvert (cf. plus haut) commissions de compte (établies en fonction du mouvement du compte-courant ; par exemple 1/4 pour mille sur le total du mouvement débiteur), commissions portant sur la *valeur*, c'est-à-dire sur la date à partir de laquelle courent les intérêts résultant des remises et ceux résultant des retraits (escompte en valeur).

*
**

L'énumération de quelques-unes de ces clauses suffit à révéler leur but. Elles sont stipulées :

a) soit pour rémunérer le créancier du risque couru par lui en prêtant son argent ou en contractant un engagement de payer ;

b) soit pour rémunérer le créancier du service rendu par lui, d'une part, en consentant à réaliser le crédit, de l'autre, en le réalisant ;

c) soit pour indemniser le créancier des frais ou pertes d'intérêts qu'ont pu lui occasionner l'ouverture ou les opérations de crédit.

Dès lors, la validité de ces clauses, ne saurait, dans son principe, être contestée. Ce sont, toutes, des conventions valablement causées.

Toutefois, la liberté contractuelle a trouvé, dans ce domaine, de sérieuses limites, tant de la part du législateur que des tribunaux.

Le législateur avait, dans ses lois du 12 janvier 1886, et 18 avril 1918, institué la liberté du taux conventionnel d'intérêts et aboli, de la sorte, le délit d'usure. Il en était résulté la possibilité, pour les prêteurs, d'exiger des intérêts dont le

taux — surtout dans la folle période d'après guerre — atteint des proportions pour le moins excessives. Un décret-loi du 30 octobre 1935 est venu remédier à cet état de choses par une double mesure : l'une, d'ordre civil, entraînant une limitation de fait du taux de l'intérêt, l'autre, d'ordre pénal, rétablissant sur des bases, il est vrai, différentes, les peines qui, jadis, sanctionnaient le délit d'usure.

La limitation du taux de l'intérêt conventionnel ne résulte pas de la fixation arbitraire d'un pourcentage maximum, mais de la constatation faite par le juge que le taux stipulé dépasse de plus du tiers « le taux moyen pratiqué dans les mêmes conditions par des prêteurs de bonne foi pour des opérations de crédit comportant les mêmes risques que le prêt dont s'agit ». La sanction civile de cette mesure n'est pas, comme on pourrait le croire, la nullité de la clause, mais le rétablissement équitable de la situation injuste créée par une stipulation usuraire : remboursement des sommes indûment perçues, si la créance est éteinte, ou leur imputation dans le cas contraire sur les intérêts échus, et, subsidiairement, sur le capital à à rembourser. Cette mesure a ceci de très remarquable et de très heureux qu'elle suppose la collaboration du législateur (qui institue la règle), de la coutume (à l'examen de laquelle il faut avoir recours pour rechercher dans quelle mesure ladite règle est applicable), et du juge chargé en fait d'apprécier d'après les circonstances de la cause qui lui est soumise, le montant de la réduction d'intérêts qu'il y a lieu de prononcer. Le taux de l'intérêt se trouve ainsi soumis à un régime infiniment souple et s'adaptant sans arbitraire à tous les cas d'espèce.

A la sanction civile, s'ajoute une sanction pénale pour délit d'usure, ce délit n'étant plus, comme jadis, un délit d'habitude, mais étant constitué automatiquement par la constatation de la stipulation usuraire faite par le juge dans les conditions ci-dessus indiquées : cette sanction consiste en une amende de 100 à 5.000 francs et, en cas de récidive, en un emprisonne-

ment de 6 jours à 6 mois et en une amende de 500 à 10.000 francs.

Signalons, en outre, l'application de ces dispositions en Algérie, application renforcée en outre d'une mesure préventive de protection de l'emprunteur. Un décret du 17 juillet 1936 a édicté à peine de nullité absolue, la nécessité d'un visa donné par un fonctionnaire habilité (juge de paix, receveur d'enregistrement, notaire, greffier) sur tout acte constatant un prêt à intérêt. Dans quelle mesure devons-nous assimiler au prêt à intérêt l'ouverture de crédit réalisable par des avances ? Et si l'ouverture de crédit se trouve avoir fait l'objet du visa, dans quelle mesure les opérations de réalisation consistant en des prêts devront-elles faire elles-mêmes, l'objet d'un second visa se superposant au premier ? Ce sont-là tout autant de questions qui risquent, à plus au moins brève échéance, de se poser devant les tribunaux. Nous estimons, quant à nous, que le texte du décret du 17 juillet 1936 doit être appliqué dans son esprit et que dès lors les ouvertures de crédit consistant en des promesses de prêts à intérêt doivent faire l'objet de la formalité du visa. Par contre, lorsque ce visa est donné, il semble que la protection de l'emprunteur recherchée par le décret, soit assurée et que les avances réalisant l'ouverture de crédit puissent, ainsi, s'effectuer librement.

A côté du législateur, les tribunaux sont venus également apporter des limitations à la liberté contractuelle en matière de stipulations d'intérêts et de commissions. Les juges se réservent le droit de rechercher en effet, si les stipulations d'intérêt ou de commissions constituent la rémunération équitable d'un service effectivement rendu, et, dans la négative, ils les déclarent nulles, faute de cause. C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 juillet 1935 (1), a déclaré nulle une stipulation d'après laquelle devait être prélevée une com-

(1) G.P. 1936-1-689 sous note.

mission d'ouverture de crédit, qualifiée ainsi improprement, alors qu'il ressortait de l'examen des faits que cette commission ne correspondait à aucun service déterminé.

De même les tribunaux se sont-ils réservé le droit de rétablir, dans des proportions équitables, une commission dont le taux leur paraissait excessif. Un arrêt de la Cour de Cassation du 5 décembre 1854 (S. 1855-1-30) a décidé qu'en cas de contestations, à ce sujet, les juges pouvaient, sans pour cela violer la loi ou les conventions, ordonner une expertise ayant pour mission d'établir le taux raisonnable de la commission due au créancier.

Ce sont-là, certes, de louables décisions, à la condition toutefois, que les juges se pénétrèrent très exactement de toutes les circonstances de la cause. Or, en admettant même que le risque couru par le banquier puisse faire de la part du juge, l'objet d'une évaluation exacte, il ne saurait en être de même du service rendu par celui qui consent une ouverture de crédit, service que l'on a toujours tendance à déprécier. Pourtant, il y a là un élément qui doit légitimement entrer en ligne de compte dans la fixation du taux de la commission ; le juge qui méconnaîtrait la valeur d'un tel service rendrait fatalement une décision arbitraire : d'une interprétation des conventions faite sur ces bases, résulterait, en fait, la violation d'un contrat à la conclusion duquel a présidé la considération même du service que le crédit sollicitait du créancier. Dès lors, sans nier en certains cas la légitimité de l'intervention du juge, nous estimons néanmoins qu'en la matière, cette intervention doit être extrêmement discrète et mesurée.

SECTION II

LA CONVENTION DE COMPTE-COURANT

Le compte-courant est une convention par laquelle deux personnes décident que les créances à naître de leurs rapports réciproques perdront leur individualité pour être représentées dans un compte dont elles ne deviendront que de simples articles de débit et de crédit, le solde résultant de leur fusion, lors de l'échéance, devant seul constituer la créance exigible.

Le grand avantage de cette convention est d'assouplir les rapports fréquents que deux commerçants ou un commerçant et son banquier entretiennent normalement : les nombreuses opérations qu'ils réalisent ne sont plus, grâce au compte courant, bridées dans un moule contractuel propre à chacune. Selon l'expression imagée de Thaller (2) : « Comme si elles étaient fondues dans un creuset, elles viennent se combiner et former un contrat nouveau... A mesure qu'une créance entre dans le compte, elle se démarque, elle s'amalgame à un tout, elle disparaît pour devenir article de crédit et pour concourir au solde éventuel ».

Le compte-courant est ainsi l'aboutissement normal de toutes les opérations réciproques qui résultent des relations des banques avec leur clientèle commerciale.. Aussi, l'ouverture de crédit, comme d'ailleurs toutes les opérations de crédit, est-elle, le plus souvent, consentie en compte-courant. « Le compte-courant, dit Falloise, est le vêtement ordinaire de l'ouverture de crédit » (3).

Cette remarque est d'autant plus exacte qu'il arrive que la convention de compte-courant voile celle d'ouverture de crédit (dont pourtant elle n'est au fond que l'accessoire), au point que parfois le nom même de l'ouverture de crédit ne fi-

(2) op. cit. n° 1662.

(3) op. cit. n° 12.

gure pas dans les actes. Ce fait se rencontre principalement dans les actes constatant les conventions dites « de compte-courant garanties par une affectation hypothécaire ». Il est stipulé que les « opérations de compte-courant comporteront des versements, des avances, des remises d'effets à l'escompte, des avances sur marchandises et généralement toutes opérations de banque ». En pareil cas, l'hypothèque est donnée « en sûreté et garantie du remboursement du solde éventuellement débiteur » du compte-courant. C'est, peut-être, là, un procédé qui permet aux parties de dérober au fisc, sous les apparences du compte-courant, une ouverture de crédit soumise à la perception de droits élevés. Mais, en réalité, le compte-courant n'enregistre bien souvent que des opérations réalisant une ouverture de crédit déguisée. C'est alors, en face d'une véritable ouverture de crédit en compte courant que nous nous trouvons.

Nous n'entreprendrons pas ici un examen, même sommaire, de la convention de compte-courant. Il dépasserait le cadre de notre étude. Mais nous signalerons simplement les effets qui en résultent eu égard à l'ouverture de crédit à laquelle elle est jointe (4).

La représentation des remises par de simples articles du compte transforme de manière assez remarquable la réalisation de l'ouverture de crédit. Grâce au compte-courant, en effet, les opérations de crédit successives par lesquelles se réalise l'ouverture de crédit perdent leur caractère individuel pour ne constituer qu'un seul bloc. C'est là pour le crédit un grand avantage. Nous avons vu, en effet, que normalement, il résulte de l'ouverture de crédit prise en elle-même, que le créancier n'est tenu de réaliser le crédit qu'une fois : les avances faites s'additionnent les unes aux autres, et lorsque leur

(4) Cf. sur la distinction de l'ouverture de crédit simple et de l'ouverture de crédit en compte-courant, les notes de M. WAHL, au Sirey (1891-1-177 et 1893-1-153).

total atteint le chiffre maximum du crédit, le créancier doit être considéré comme ayant satisfait à ses obligations : le crédit ne pourrait, en particulier, alléguer les remboursements effectués par lui pour réclamer à nouveau de nouvelles avances, pendant la durée du crédit : au fur et à mesure de sa réalisation, le crédit s'est « épuisé ». En outre, il semble résulter des articles 1220, alinéa 1^{er}, que le crédit ne puisse effectuer de remboursements partiels et qu'à son échéance, il soit tenu de couvrir le banquier intégralement et pour le tout.

Il ne faut sans doute pas exagérer ces conséquences que peuvent considérablement atténuer des conventions contraires. Mais c'est précisément le grand mérite de la convention de compte-courant que de parvenir à ce résultat et d'offrir pour cela des procédés dont l'utilisation s'est depuis longtemps révélée satisfaisante. Grâce au compte courant, chacune des avances comme chacun des remboursements perd son individualité. Le chiffre pour lequel le crédit est consenti ne consiste donc plus qu'en un plafond au-dessous duquel peut osciller le montant des sommes dues par le crédit, qui peut, ainsi, selon les modes de réalisation convenus, puiser à la caisse du banquier, rembourser tout ou partie de sommes ainsi prélevées, solliciter encore de nouvelles avances, sans que ces allées et venues de fonds puissent trouver d'autres limites que celles du maximum pour lequel ce découvert est consenti et de la durée d'utilisation du crédit.

Ainsi, grâce à ce procédé, le crédit peut utiliser le crédit selon les besoins du moment. Il peut choisir lui-même la date de remboursement comme il peut effectuer ce remboursement en une ou plusieurs fois, selon ses disponibilités. Lorsque sa trésorerie n'a plus besoin d'être alimentée, il n'est pas tenu de subordonner le remboursement des avances reçues à la prévision de nécessités éventuelles, car il a l'assurance de pouvoir, une gêne nouvelle survenant, trouver auprès du créancier les

mêmes facilités que par le passé, à condition toutefois que ne soit pas échue la période d'utilisation du crédit.

Cette convention de compte-courant permet, de la sorte, à la réalisation du crédit, d'atteindre une extrême souplesse; le compte courant donne à l'ouverture de crédit son maximum de rendement.

Signalons enfin qu'à ces effets principaux s'ajoute un effet d'ordre secondaire : les remises en compte courant comme les décaissements produisent automatiquement intérêt, et, aux époques dites « d'arrêté de compte » ces intérêts peuvent se capitaliser. En matière d'ouverture de crédit, cet anatocisme est avantageux pour le créancier. Mais, par ailleurs, la possibilité, pour le crédit de réduire son crédit, au fur et à mesure de ses rentrées, sans pour cela se priver d'avances nouvelles, le dispense de l'utilisation permanente du découvert et le décharge ainsi des intérêts qu'il serait, de ce fait, tenu de verser au créancier, sur le montant intégral du crédit consenti.



En cas de faillite du crédit, le compte-courant présente, en outre, pour le créancier, de grands avantages qu'il convient de signaler :

1° *Validité de certaines opérations effectuées pendant la période suspecte.*

a) Les remises du crédit pendant la période suspecte ne peuvent être considérées comme nulles de droit, en vertu de l'article 446 alinéa 3 du Code de Commerce. Il résulte, en effet, du principe de l'indivisibilité du compte-courant que les remises faites en compte ne constituent pas des paiements s'appliquant à de prétendues créances nées à la suite de versements du créancier et représentées par des articles figurant antérieurement au débit du compte (5). C'est là une solution

(5) Cf. HAMEL, op. cit. n° 395; ESCARRA, op. cit. n° 522.

que la jurisprudence a, récemment encore, confirmée (6). Seul, par conséquent, ne donne lieu à application que l'article 447 du Code de Commerce. Ces principes ont, en matière d'ouverture de crédit en compte courant, une conséquence pratique assez remarquable : le remboursement anticipé des avances, fait par le crédité pendant la période suspecte, au moyen de remises en compte, n'est pas considéré comme un paiement pour dettes non échues ; il n'est donc pas nul *de plano*, ainsi qu'il le serait s'il avait été effectué en dehors d'un compte-courant ; il ne peut simplement que donner lieu à annulation ; encore faut-il que soit établie la réunion de deux conditions exigées par l'article 447 du Code de Commerce, pour que soit fondée l'action en nullité (7).

b) Jusqu'à ces derniers temps, les sûretés attachées à une ouverture de crédit en compte-courant ne tombaient également pas sous les coups de l'article 446, alinéa 4 du Code de Commerce, alors même qu'elles avaient été constituées pendant la période suspecte pour garantir au créancier les suites d'une réalisation du crédit déjà accomplie. C'était là, également, une conséquence du principe de l'indivisibilité du compte courant (8). L'indivisibilité était, en effet, considérée par les tribunaux comme ayant pour corollaire l'impossibilité pour le juge d'arrêter arbitrairement un compte en mouvement et de décider qu'à une date comprise dans la *durée* de ce compte, le solde était débiteur ou créancier pour telle somme déterminée. Seul, en effet, le solde résultant de l'arrêté définitif faisait ressortir l'existence et le montant de la dette de l'une des parties envers l'autre. Cette dette apparaissait, dès lors, comme future et postérieure à la constitution de la garantie ; elle ne pouvait être considérée comme « contractée antérieu-

(6) Civ. 18 mars 1935 (Revue Générale des faillites 1935 p. 38) ; voir aussi : Civ. 10 mai 1865 (D. 1865-1-270).

(7) Voir cependant PIRET, cité par ESCARRA, loc. cit. n° 523.

(8) Cf. HAMEL loc. cit. n° 397 ; ESCARRA, loc. cit. n° 525.

rement » à cette garantie (voir art. 446, alinéa 4 du Code de Commerce). Cette solution était, sans aucun doute, celle de la Cour de Cassation jusqu'au 1^{er} avril 1935, date d'un arrêt de sa chambre civile, dans les motifs duquel elle paraîtrait avoir voulu abandonner son opinion primitive (9). Dans un nouvel arrêt (10), (Chambre des Requêtes) du 30 mars 1936, la Cour de Cassation semble avoir entendu statuer dans le même sens qu'en 1935, mais il convient toutefois de remarquer qu'en l'espèce le compte avait cessé de fonctionner à partir de la date de constitution de la garantie. Dès lors, ainsi que s'exprime l'arrêt, « les sûretés constituées, au lieu d'avoir pour objet d'alimenter un compte en cours ou de garantir un solde futur ou incertain, étaient destinées à éteindre ou à garantir l'extinction d'une créance d'ores et déjà existante ». Quoi qu'il en soit, il apparaît qu'à la suite de ces arrêts, le principe de la validité des sûretés consenties pendant la période suspecte pour garantir le solde d'un compte courant joint à une ouverture de crédit soit de nature à prêter à contestations (11).

2° La contrepassation des effets impayés en cas de faillite du crédité.

Dans le cas d'ouverture de crédit en compte courant, réalisable par escompte d'effets de commerce, il est aujourd'hui de jurisprudence constante que si le crédité tombe en faillite, le créiteur est en droit de contrepasser au débit du compte courant le montant des effets impayés dont ce compte avait été antérieurement crédité (crédit sauf encaissement) et ce, nonobstant le principe de l'arrêt du compte courant par la faillite. En outre, le créiteur a le droit de conserver par

(9) Civ. 1^{er} avril 1935, (D.H. 1935, p. 233).

(10) Req. 30 mars 1936 (G.P. 1936-1-893).

(11) Sur la critique de ces décisions, Cf. Escarra, loc. cit. n° 529, et l'article de M. FARGEAUD dans la Revue Générale du Droit des faillites, n° 1, (janvier-février 1936, p. 90).

devers lui ces mêmes effets impayés pour, — simultanément à sa production à la faillite du crédité pour le solde ainsi établi du compte courant —, en poursuivre le recouvrement à l'encontre des divers signataires (accepteur, avaliste et endosseurs), jusqu'à complet remboursement; la perception, par le crédité, de la totalité des sommes à lui dûes à la suite du retour de ces impayés, constitue ici la seule limite à ses droits : sans cette limite, en effet, il pourrait s'enrichir injustement. Ainsi, malgré la faillite du crédité, le créancier bénéficie-t-il de nombreuses voies pour récupérer l'intégralité de ce qui lui est dû, puisqu'il n'est pas tenu de se dessaisir des effets impayés (dont il est propriétaire) lorsqu'il produit à la faillite du crédité : la multiplicité des recours qu'il peut exercer au sujet d'une même créance entraîne ainsi parallèlement la multiplicité de ses chances d'être payé.

Nous nous contentons, ici, de signaler les effets de cette importante théorie dite de la « contrepassation des impayés », sans reprendre les arguments juridiques qui militent en sa faveur et les discussions dont elle a été l'objet. Cette question est, aujourd'hui, classique : en dépit d'inexplicables résistances de la part de quelques Cours d'Appel et Tribunaux, elle fait, de la part de la Cour de Cassation, l'objet d'une ferme unité de vues dont il y a lieu de se féliciter, car de cette attitude dépend l'avenir même d'un crédit facile et bon marché; la Cour de Cassation l'a compris, car elle vient encore une fois, par l'organe de sa Chambre Civile, de confirmer ses décisions antérieures dans deux récents arrêts, en attendant que soit rendu prochainement un arrêt définitif de ses Chambres Réunies (12).

(12) Cass. Civile 10 mai 1937 (G.P. 1937-2-286 et la note); Civ. 28 juillet 1937, cassant un arrêt de la Cour de Douai. (G.P. 1937-2-703); Cf. également, pour l'étude approfondie de cette théorie et les références de nombreuses décisions de jurisprudence s'y rapportant : HAMEL, loc. cit n° 401 et suivants; ESCARRA, loc. cit. n° 539 et suivants).

SECTION III

LES GARANTIES ATTACHÉES A L'OUVERTURE DE CRÉDIT

L'ouverture de crédit implique de la part du créiteur l'acceptation d'un risque. Mais l'étendue du risque accepté étant proportionnée à la confiance qu'inspire le crédit, celui qui sollicite d'un banquier une ouverture de crédit doit, pour obtenir satisfaction, soit lui inspirer suffisamment de confiance par sa situation personnelle, soit parvenir, au moyen d'une technique appropriée, à limiter le risque de son éventuel créiteur. Dans ce but, il peut recourir à des conventions de garantie (13).

Il arrive fréquemment, en effet, que le crédit consente au créiteur, au moment de l'ouverture de crédit, une garantie personnelle ou réelle ; parfois même, alors qu'aucune convention de ce genre n'a été conclue lors de la signature de l'ouverture de crédit, elle intervient par la suite, lorsque, par exemple, le crédit ne pouvant effectuer le remboursement promis, sollicite de nouveaux délais ; le créiteur ne les lui accorde que contre garanties.

Les garanties ainsi attachées à l'ouverture de crédit appuient l'ensemble des obligations de paiement et de remboursement qui viendront à la charge du crédit, du fait de la réalisation du crédit. Dès lors, deux observations préliminaires s'imposent à notre attention :

1° Il convient, en premier lieu, de ne pas confondre, comme l'ont fait souvent les auteurs, les garanties attachées à l'ouverture de crédit elle-même et celles attachées à l'opéra-

(13) L'assurance-crédit étant une convention conclue indépendamment de l'ouverture de crédit et sans le concours direct ou indirect du crédit, nous n'avons pas cru devoir lui consacrer une place dans notre étude.

tion de crédit qui réalise cet avant-contrat (14). Une ouverture de crédit peut être consentie à découvert, alors que les opérations de crédit qui la réalisent comportent des garanties : tel est, par exemple, le cas des opérations d'escompte d'effets de commerce (garantie des signataires des effets), de traites documentaires et de warrants (garantie sur les marchandises). Ces diverses opérations comportent une sûreté spéciale à chacune d'elles. Mais ces sûretés doivent être nettement distinguées des garanties générales attachées à l'ouverture de crédit elle-même, en raison de certains caractères propres à ces dernières : elles seules seront ici prises en considération, car seules, elles font l'objet de conventions accessoires de l'ouverture de crédit.

2° Les garanties attachées à l'ouverture de crédit appuient l'ensemble des obligations de paiement et de remboursement qui naîtront à la charge du crédité, au fur et à mesure de la réalisation du crédit, obligatoire pour le créancier. Dès lors, les garanties viennent limiter un risque actuel, puisque, à tout moment, le créancier peut se voir obligé de réaliser le crédit, mais elles appuient une obligation dont on a nié l'existence et qui, en tous cas, revêt un caractère particulier puisqu'elle est *indéterminée et éventuelle*. Ces anomalies ont pu faire douter parfois de la validité même des conventions accessoires venant appuyer ces diverses obligations. Mentionnons d'abord à ce sujet, une ancienne théorie, d'après laquelle la garantie était nulle comme accessoire d'une obligation entachée de nullité, parce que soumise à une condition potestative de la part du débiteur. Ainsi, en avait décidé, avec certains auteurs, un arrêt de la Cour de Colmar du 18 avril 1806 (15). En réalité, cette opinion d'après laquelle le crédité n'était obligé que

(14) Voir comme exemple de cette confusion, la thèse de M. Torquebiau : *Les Garanties en matière d'ouverture de crédit*. Montpellier, 1930.

(15) S. 1806-2-981.

« s'il le voulait bien », reposait sur une fausse interprétation de l'article 1174 du Code Civil. L'obligation du crédité trouve sa source dans le contrat de réalisation du crédit ; son existence est *nécessaire* (et non pas *conditionnelle*) du fait que les parties ont conclu la convention constituant l'opération de crédit projetée. Sans doute la réalisation du crédit s'opère-t-elle « si le crédité le veut bien », mais cette obligation de réaliser qui, elle, est conditionnelle, n'est pas à la charge du crédité, mais du créateur. Dès lors, ce n'est pas en face d'une condition potestative de la part de celui qui s'oblige que nous nous trouvons, mais de la part de celui en faveur de qui est consentie l'obligation : de l'article 1170 du Code Civil, il résulte que ce genre de condition n'entache nullement le contrat de nullité. Dès lors, la validité de principe de l'ouverture de crédit ne saurait être contestée de ce chef ; il en résulte donc que la garantie attachée à ce contrat n'est pas nécessairement nulle. Peut-on, en revanche, considérer comme de nature à soulever des difficultés quant à la valeur des garanties, le fait que, lors de l'ouverture de crédit, l'obligation du crédité est indéterminée quant à son montant ? Nous ne le pensons pas davantage. Pour indéterminée qu'elle soit, l'obligation du crédité est délimitée par la fixation du chiffre maximum du crédit et elle est, en outre, déterminable à brève échéance. Plus délicat a été le problème soulevé par le caractère éventuel de l'obligation du crédité : cette obligation, bien que se trouvant son principe dans l'ouverture de crédit, n'acquiert sa pleine existence qu'ultérieurement, lors de la réalisation du crédit. Or, toute garantie étant l'accessoire d'une obligation principale, la question s'est posée de savoir si une garantie pouvait être valablement constituée pour appuyer une obligation éventuelle et avoir, dès lors, une existence antérieure à la naissance même de cette obligation. Certains auteurs ont soutenu la nullité de la garantie. Mais c'est en faveur de sa validité que la tradition, la doctrine et la jurisprudence sont,

depuis longtemps, orientées : on peut cautionner et hypothéquer une dette éventuelle et future (*sur la caution d'une dette future* : Cf. *Planiol, op. cit.* II 2328 — *sur l'hypothèque d'une dette éventuelle et future* — Cf. *Planiol, op. cit.* N° 2650 et 2652 — *Aubry et Rau, op. cit.* 5^e éd. T. 3 - §266-4 et note 66). Déjà la règle était admise par deux textes du Digeste et, sans être explicitement sanctionnée par nos lois, son existence n'en est pas moins sous entendue dans l'article 2135 - 1° du Code Civil (16).

La validité des garanties attachées à l'ouverture de crédit ne faisant aujourd'hui plus de doute, il convient que nous les examinions au triple point de vue de leur diversité d'espèce, de leur étendue et des difficultés auxquelles elles peuvent donner lieu : ce dernier point nous permettra de rappeler succinctement les problèmes juridiques qui se sont posés à leur sujet.

§ 1. — LES DIVERSES GARANTIES ATTACHÉES A L'OUVERTURE DE CRÉDIT

Les parties peuvent convenir de toutes sortes de garanties pour appuyer l'obligation du crédit. Ces garanties peuvent consister en des sûretés personnelles ou réelles, et parfois s'apparenter à l'une ou l'autre espèce : tel est le cas de la caution appuyée d'un « nantissement-titres ». Aussi, leur classification apparaît-elle malaisée, et risque-t-elle de gêner une exacte description des diverses conventions intervenant à ce sujet. C'est la raison pour laquelle nous passerons en revue une par une ces diverses garanties.

1°) CAUTIONS.

L'ouverture de crédit est souvent garantie par une caution donnée pour le crédit. Cette garantie ne donne lieu qu'à peu

(16) Cf. *Lyon-Caen et Renault, op. cit.* IV n° 728.

de remarques. Il est généralement stipulé que le tiers garant donne « sa garantie personnelle solidaire et indivisible », ce qui implique notamment la renonciation aux bénéfices de discussion et de division ; la caution est donnée « pour toutes sommes qui sont ou pourraient être dues, pour quelque cause que ce soit, et jusqu'à concurrence de X... frs en capital plus les intérêts, commissions et accessoires ». Il est également stipulé que le cautionnement vaudra « jusqu'à révocation dûment signifiée » ce qui revient à dire que seront garanties toutes dettes ayant pris date avant ladite révocation. La Banque se réserve généralement le droit de rendre exigible le cautionnement moyennant simple lettre recommandée ; en outre, une clause expresse d'indivision, entre la créance de la Banque et le cautionnement, est stipulée dans l'acte ; de même une clause déclare la solidarité des héritiers des coobligés. De plus, la caution renonce à toute subrogation avant que le créateur ne soit remboursé de l'intégralité de ses créances et à tout concours avec le créateur du chef de ce cautionnement, ce qui, en cas de faillite du crédit est pour le créateur une clause souvent avantageuse. Enfin la convention comporte généralement une élection de domicile attributif de juridiction dans la ville où le créateur a son domicile, son siège social, ou un établissement quelconque.

A la caution peut être assimilé l'aval par acte séparé donné par un garant du crédit, aux lettres de change tirées par lui et qui devront être escomptées par le banquier, en vertu de l'ouverture de crédit.

2°) NANTISSEMENT DE TITRES.

C'est là un mode de garantie fréquemment usité en matière d'ouverture de crédit. Pour sûreté de la réalisation du crédit, le crédit remet en nantissement au banquier un certain nombre de titres conformes à un bordereau compris dans l'acte de nantissement. Il est stipulé, outre la mise en gage de ces

titres, que leur dépôt est fait aux risques et périls du crédité, sans que le créiteur soit tenu de « détacher les coupons, surveiller les appels de fonds, échéances, droits de souscription et conversions, tirages, remboursements de lots, primes auxquelles ces titres pourraient donner lieu ». Le crédité s'engage également, en cas de diminution de la valeur vénale du nantissement, par suite d'une baisse des cours, « à couvrir immédiatement et à première demande, le créiteur, soit en espèces, soit en valeurs nouvelles à sa convenance de manière à ramener le nantissement à sa valeur actuelle » ; l'inexécution de cet engagement, comme, bien entendu, le défaut de paiement des sommes exigibles à la fin du crédit, donnent lieu à la réalisation des titres nantis, soit selon les formes civiles, si le crédité n'est pas commerçant, soit selon la procédure rapide de l'article 93 du Code de Commerce si le crédité est commerçant. Signalons enfin que l'acte de nantissement contient également une élection de domicile attributif de juridiction en faveur du créiteur.

Le nantissement de titres donne parfois lieu à des conventions ultérieures appelées « substitutions de nantissement » et qui consistent à substituer des valeurs nouvelles en nantissement à des valeurs anciennes que le crédité aurait soit retirées, soit vendues avec le consentement du créiteur.

Enfin, les titres donnés en nantissement ne sont pas nécessairement la propriété du crédité. Il existe, en effet, des cautionnements solidaires garantis par des nantissements de titres : la caution remet alors en gage des valeurs lui appartenant. L'acte, dès lors, est une combinaison de l'acte de caution et de l'acte de nantissement. Il contient les clauses propres à l'un et à l'autre engagement. C'est là une garantie fréquemment en usage en matière d'ouverture de crédit.

Une anomalie mérite enfin d'être signalée : c'est le nantissement qu'une société créditée fait de ses propres actions et de ses propres obligations. La question s'était, à ce sujet, po-

sée de savoir si le créateur pouvait prétendre que les sommes avancées contre nantissement des obligations d'une société, fait par elle-même, pouvait être appliqué à la libération de ses obligations. Un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon du 12 juillet 1906 (17) a décidé que cette imputation ne saurait se faire ; il convient, en effet, de distinguer l'ouverture de crédit (contrat principal) du nantissement (contrat accessoire). En outre, une réponse contraire impliquerait la confusion des qualités de *propriétaire* et de *détenteur gagiste* et porterait atteinte à la règle d'après laquelle sont nuls les pactes commissaires.

3° NANTISSEMENT D'EFFETS DE COMMERCE

Le créancier peut remettre au créancier, à titre de garantie, des effets de commerce qui font, dès lors, l'objet d'un endossement pignoratif. L'article 122 du Code de Commerce a prévu ce genre d'endossement (Décret-loi du 30 octobre 1935). Aux termes de cet article, le porteur d'une lettre de change ayant fait l'objet d'un endossement pignoratif « peut exercer tous les droits dérivant de la lettre de change, mais un endossement fait par lui ne vaut que comme un endossement à titre de procuration ». Il en résulte que le porteur ne peut réaliser un gage par la cession de la lettre de change. Mais, il est, semble-t-il, fondé à agir en justice pour percevoir le recouvrement de cette lettre de change, puisqu'il peut exercer tous les droits en dérivant (18). Pratiquement, le gage des effets de commerce est rare et leur remise en garantie fait elle-même généralement l'objet d'un endossement, en pleine propriété.

4° NANTISSEMENT DE CRÉANCES

Les nantissements de toutes sortes de créances peuvent faire l'objet d'une garantie attachée à l'ouverture de crédit.

(17) Rec. Soc. 1907-301.

(18) Cf. Deschamps, op. cit. 1^{re} partie, n° 100.

Nous nous bornerons, cependant, à citer les deux plus usités. Ce sont : les nantissements de marchés (qui, selon un usage déplorable sont improprement dénommés « délégations de marchés ») et les nantissements de polices d'assurance-vie.

a) *Les nantissements de marchés (dits « délégations de marchés »).*

L'octroi d'ouvertures de crédit réalisables par avances garanties par des nantissements de créances à naître de l'exécution des marchés constitue une opération qui, sur plus d'un point, présente un caractère délicat, mais qui, cependant, est, de nos jours, extrêmement pratiquée dans le financement des travaux publics et privés : le « nantissement de marchés » doit faire l'objet d'un écrit, d'un enregistrement et d'une signification au débiteur des sommes à revenir de l'exécution du marché nanti (art. 92 du Code de Commerce et 2075 du Code Civil). En outre, la dépossession matérielle ne pouvant s'opérer dans le cas d'un nantissement de cette chose immatérielle que constitue la créance, la jurisprudence déclare qu'obligatoirement la remise au créancier du titre constatant la créance nantie est nécessaire : elle peut et doit remplacer la dépossession matérielle. Or, la validité des nantissements de marchés a pu être mise en doute par des décisions récentes, parce que certains juges estimaient que la remise du titre de créance n'était pas possible, ce titre ne pouvant exister que lorsque les travaux avaient subi complète exécution : en particulier, le marché n'était pas considéré comme de nature à pouvoir constituer ce titre. Des tribunaux avaient, de la sorte, déclaré nulle la délégation de marchés (Trib. Comm. de la Seine : 8 juillet 1930, 30 mars 1933 et 15 mai 1933).

Cette opinion du juge du premier degré n'a pas été partagée par la Cour d'Appel de Paris qui a infirmé le jugement au Tribunal de Commerce de la Seine du 30 mars 1933, dans son arrêt du 4 avril 1935 (19) ; aux termes de cet arrêt, le nan-

(19) S. 1935-2-124.

tissement est valable car la remise du marché de travaux et fournitures au créancier constitue à l'égard du débiteur, la déposition du titre constatant l'existence de sa créance; la Cour d'Appel a, en outre, décidé qu'il était sans intérêt de savoir si cette créance était actuelle ou éventuelle. M. Fargeaud, dans une étude complète parue au *Journal des notaires* et refondue dans un ouvrage intitulé : *Le compte-courant et ses garanties* a défendu le principe de la validité des nantissements de marchés et il semble qu'aujourd'hui, cette validité ne doive plus faire l'objet de contestations.

Sans prendre parti sur l'admissibilité ou le rejet du principe de la validité de ces nantissements, deux décrets-lois du 30 octobre 1935 et du 25 août 1937 en ont facilité la conclusion en ce qui concerne les marchés passés par l'Etat et les collectivités publiques. En outre, dans ce même but, une loi du 19 août 1936, complétée par un décret du 25 octobre 1936, a institué une Caisse nationale des marchés de l'Etat, des collectivités et des établissements publics (20).

b) *Les nantissements de polices d'assurance-vie*

L'article 65 de la loi du 13 juillet 1930 indique trois moyens par lequel une police d'assurance peut être donnée en gage : « La police d'assurances peut être donnée en gage soit par avenant, soit par endossement à titre de garantie si elle est à ordre, soit par acte soumis aux formalités de l'article 2075 du Code Civil ». La mise en nantissement des polices d'assurance vie est assez pratiquée pour sûreté des avances consenties par une banque, mais elle est assez rare comme mode de garantie attaché à une ouverture de crédit. Généralement, en effet, un débiteur ne consent à ce genre de garantie que lorsque, étant poursuivi par un créancier, il sollicite

(20) Voir ESCARRA, loc. cit. n° 756 et suivants; FARGEAUD : *Le financement des marchés de l'Etat et des collectivités publiques* : extrait du *Journal des notaires* : article 39463.

de lui termes et délais ; pour les obtenir, il renonce au bénéfice de son assurance-vie en mettant en gage la police. Mais ce n'est là qu'une mesure souvent désespérée. Aussi, nous contenterons-nous ici de mentionner ce genre d'opérations qui, par ailleurs, pose certains problèmes juridiques intéressants.

5° NANTISSEMENTS « ESPÈCES »

Sous cette dénomination peuvent être groupés deux procédés usités dans la banque et comportant une pluralité de comptes-courants. Sur l'un de ces comptes se réalise normalement l'ouverture de crédit, selon les modes de réalisation prévus.

L'escompte des effets de commerce donne lieu à ce qu'on appelle « une retenue d'escompte », retenue devant servir de garantie au créiteur pour l'escompte des effets directs ou indirects revêtus de la signature du crédité et escomptés par le banquier. Elle consiste en un prélèvement, selon un pourcentage fixé, calculé sur la somme des remises à l'escompte, et dont le montant est bloqué au crédit d'un *compte-bis*. La *lettre de retenue* comporte en outre, l'autorisation pour le banquier de *compenser*, quand il le désirera, les deux comptes, afin de diminuer le débit du compte normal par virement du solde nécessairement créditeur du compte bis.

La *lettre de fusion*, appelée aussi *lettre d'unité de compte*, est un procédé réalisant dans des conditions plus favorables, le nantissement espèces. Par cette lettre, le crédité demande au créiteur de comptabiliser « pour la clarté des écritures » ses opérations sur deux comptes distincts, étant entendu que ces comptes constituent en réalité deux parties d'un compte courant unique et que dès lors, elles ne forment qu'un seul tout : le créiteur est fondé à faire passer les écritures d'un compte à l'autre, de réunir les deux comptes, de les balancer en un solde unique, sans que la moindre novation puisse être invoquée contre lui.

L'avantage que présente ce dernier procédé sur la *lettre*

de compensation apparaît surtout en cas de faillite du crédit. En effet, grâce à la *lettre de fusion*, le syndic ne peut alléguer l'impossibilité pour le créateur de compenser les comptes du fait de l'arrêt de ceux-ci par la faillite. La dualité de comptes, lorsqu'existe une lettre de fusion, n'est qu'un simple classement d'écritures qui n'affecte en rien l'unité de la convention de compte courant ; de la sorte, le créateur n'est pas tenu de verser à la masse de la faillite du crédit le montant du solde créateur du compte bis, quitte à produire pour le montant intégral du solde débiteur du compte principal. Le créateur fusionne les écritures afin de faire ressortir le solde d'un compte unique pour le montant duquel il produit à la faillite (21).

6° NANTISSEMENT DE FONDS DE COMMERCE ET HYPOTHÈQUES IMMOBILIÈRES

Le nantissement d'un fonds de commerce et l'hypothèque immobilière peuvent être constitués en garantie d'une ouverture de crédit. La constitution du nantissement de fonds de commerce ne donne lieu à aucune particularité en la matière. Quant à l'hypothèque, nous avons déjà indiqué à son sujet qu'elle pouvait être consentie soit jointe à l'ouverture de crédit, dans un seul et même acte de forme obligatoirement authentique, soit séparée de l'ouverture de crédit, l'acte d'ouverture de crédit pouvant être alors passé sous seing privé et l'acte d'hypothèque revêtant alors seul la forme authentique. La validité de l'hypothèque garantissant l'ouverture de crédit et son rang, son efficacité en ce qui concerne la créance constatée par des effets de commerce ont donné lieu à certains problèmes délicats auxquels nous consacrerons quelque attention dans un prochain paragraphe.

*
* *

(21) Voir, cependant : § 3 ci-après.

Les diverses conventions que nous venons d'examiner sont celles généralement usitées en matière d'ouverture de crédit. Elles ne sont fatalement pas les seules. Les parties sont libres d'adopter le mode de garantie qui leur plaira. Elles peuvent, par exemple, décider de la constitution de nantissements d'objets, de marchandises ou de la remise de *documents* en garantie de l'ouverture de crédit. Mais, en raison du caractère exceptionnel de ces conventions de garantie en matière d'ouverture de crédit, nous n'avons pas cru devoir faire de celles-ci une mention particulière.

§ 2. — L'ÉTENDUE DES GARANTIES ATTACHÉES A L'OUVERTURE DE CRÉDIT

Les garanties attachées à l'ouverture de crédit viennent appuyer l'obligation du crédité, obligation qui, nous l'avons dit, est, lors de l'ouverture de crédit, éventuelle et indéterminée quant à son montant. Toutefois, la limite maxima du crédit constitue en la matière une indication suffisante : elle détermine l'étendue possible des garanties ; leur étendue réelle n'est fixée, par contre, que lorsque le crédit est échu : à cette époque, on connaît exactement le montant de son utilisation et c'est le paiement de ce montant qui est garanti, dans la mesure, bien entendu, où il ne dépasse pas le maximum du crédit consenti.

Est également garanti par l'ouverture de crédit, le paiement des intérêts, commissions, agios, frais de recouvrement et de justice, et généralement tous accessoires dus, soit du fait de l'ouverture de crédit elle-même, soit du fait de la réalisation du crédit (22) ; la seule limite à cette règle réside dans l'article 2151 du Code Civil qui décide qu'en matière d'hypothèque, les intérêts ne sont garantis au même rang que le capital

(22) Trib. Civil de Remiremont, 19 juin 1902 (*La Loi*, du 9 juillet 1902).

que pour trois années. Mais remarquons que cette règle est une règle d'exception, qu'il convient de l'interpréter strictement et de ne l'appliquer dès lors qu'aux seuls intérêts, à l'exclusion des commissions et agios qui demeurent intégralement garantis tant qu'ils constituent une créance non prescrite.

Lorsqu'en vertu d'une convention postérieure, le montant maximum du crédit originairement fixé se trouve élevé à un chiffre supérieur, une sûreté nouvelle doit être constituée au moyen d'une convention où il sera stipulé que les garanties déjà constituées porteront également sur le supplément de crédit. En ce qui le concerne, le rang du créancier ne saurait prendre date avant le jour de cette seconde inscription. De même, lorsqu'une ouverture de crédit garantie par une hypothèque se réalise en compte-courant, le compte peut, par la suite, être prolongé au-delà de la durée primitivement fixée pour le crédit : mais, dans ce cas, les avances nouvelles ne seront pas couvertes par l'hypothèque originairement consentie : seule est garantie la somme pour laquelle le créancier était créancier au jour de l'échéance du crédit. Toutefois, si des remboursements sont effectués après cette échéance et qu'ensuite de nouvelles avances sont consenties, elles doivent être considérées comme garanties jusqu'à concurrence du montant atteint par la créance du créancier à la date qui fixait primitivement l'expiration du crédit. En particulier, les tiers ne sauraient valablement alléguer une compensation ou une imputation de paiements du fait des remboursements effectués, car ce sont là des principes que l'on ne saurait appliquer en matière de compte-courant où, seul, le solde de clôture détermine la créance exigible (23).

(23) Voir en ce sens Aubry et Rau, op. cit. III, n° 266 et note 68.

**§ 3. — DE QUELQUES PROBLÈMES SOULEVÉS
PAR LES GARANTIES ATTACHÉES A L'OUVERTURE DE CRÉDIT**

Les garanties attachées à l'ouverture de crédit sont, à la fois, nombreuses et trop complexes pour que, dans le cadre d'une étude générale de cet avant-contrat, il soit possible de les étudier dans toutes leurs conséquences. Pour qui voudrait entrer tant soit peu dans le détail, les nombreuses questions soulevées par le mécanisme et l'efficacité de ces garanties donneraient à elles seules matière à un ouvrage : ainsi, le droit de réalisation, le droit de rachat, le droit au remboursement des primes payées sont tout autant de problèmes que peut soulever le nantissement de polices d'assurance-vie ; les nantissements de marchés font, par ailleurs, l'objet d'une technique particulière (décret-loi du 30 octobre 1935) en ce qui concerne les marchés conclus avec l'Etat et les collectivités publiques ; les privilèges occultes, tels que celui des sous-traitants, institué par le fameux décret dit « de Posen » du 12 décembre 1806, celui des ouvriers et fournisseurs, créé par le décret du 26 pluviôse an II et diverses dispositions postérieures, les privilèges du Trésor (24), enfin, constituent tout autant de droits de préférence qui viennent limiter l'efficacité des « délégations de marchés » : leur étude complète a été faite par M. Fargeaud dans son ouvrage précité. La valeur des lettres de fusion en cas de faillite du crédit donnerait également lieu à des développements intéressants. Notre examen général de l'ouverture de crédit ne saurait cependant s'attarder à leur étude : nous nous contenterons donc de mentionner ici leur existence.

Nous avons cependant cru devoir, dans l'ensemble des problèmes soulevés par les garanties attachées à l'ouverture de crédit, faire un choix de questions qui, en raison de leur importance, méritent quelque attention. Telles sont :

(24) Voir l'article de M. HAMEL, cité dans notre bibliographie.

1°) L'hypothèque attachée à l'ouverture de crédit : son rang ; son efficacité en ce qui concerne la créance des tiers porteurs d'effets tirés en réalisation du crédit.

2°) Les garanties du créancier en cas de faillite du crédité.

1° L'HYPOTHÈQUE GARANTISSANT L'OUVERTURE DE CRÉDIT

Si la validité de l'hypothèque en tant que garantie d'une dette éventuelle, ne saurait être mise en doute (Cf. ci-dessus), son rang à la date de l'inscription est également chose admise de nos jours : il n'en a pourtant pas toujours été ainsi et la question a fait l'objet d'importantes controverses, au cours desquelles d'illustres juristes, tels qu'Aubry et Rau ont eu l'occasion de revenir sur leur opinion primitive (25). Les anciens auteurs, tel Pothier, puis Merlin, Troplong, Toullier, sans contester la validité de l'hypothèque, ont considéré qu'au point de vue de son efficacité, elle ne pouvait prendre rang qu'au jour de la réalisation du crédit. M. Torquebiau, dans sa thèse précitée, cite particulièrement ce passage de Toullier (*T. VI — N° 546*) : « L'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert, pour sûreté d'une créance future et éventuelle est valable quoi qu'il soit au pouvoir du débiteur futur et éventuel de ne point user du crédit ouvert ; mais, il ne faut pas en conclure que les nouvelles hypothèques que le débiteur conditionnel consentirait avant d'user du crédit qui lui était ouvert, ne soient pas préférables ni qu'il puisse par son fait les rendre sans valeur en usant, postérieurement à ces nouvelles hypothèques, d'un crédit ouvert antérieurement ».

Cette théorie n'a jamais été celle de la jurisprudence et la doctrine l'a peu à peu abandonnée : « Rien ne s'oppose, en droit, disent Aubry et Rau, à ce que, conformément à la disposition générale de l'article 2134, l'on s'attache, pour la fixation du rang du créancier, à la date de l'inscription et non

(25) *op. cit.* III, § 266 note 71.

« pas seulement à celle des versements successifs effectués. La
« loi, elle-même, admet pour les hypothèques légales, que l'ef-
« fet en remonte à une date antérieure à la naissance des
« créances qu'elles sont destinées à garantir, et il est évident
« que, dans l'intention commune des parties, l'hypothèque
« constituée pour sûreté d'un crédit ouvert doit prendre rang
« du jour de l'inscription, car autrement, elle n'offrirait qu'u-
« ne garantie illusoire, ou tout au moins incertaine. »

De nos jours, cette controverse ne présente plus qu'un in-
térêt historique, car depuis longtemps la jurisprudence est
fixée dans un sens favorable à l'efficacité de l'hypothèque au
jour de son inscription (26).

*
**

L'inscription de l'hypothèque doit être faite pour le mon-
tant du crédit ouvert. Mais, son efficacité est limitée à l'utili-
sation du crédit. La question s'est posée de savoir si l'efficacité
de l'hypothèque s'étendait au profit de tiers porteurs d'effets
créés en réalisation du crédit; le banquier créateur peut, en
effet, endosser les effets; les tiers porteurs bénéficient-ils de
l'hypothèque consentie en faveur du créateur ? Il est admis
que l'hypothèque attachée à un titre à ordre se transmet com-
me lui au moyen d'un endossement (27). Toutefois, le crédi-
teur a pu, même dans ce cas, donner mainlevée de l'hypothè-
que. L'inscription a été valablement radiée, et dès lors les tiers
porteurs ne peuvent plus opposer un droit de préférence aux
autres créanciers : ils ne peuvent que se retourner contre le
créateur. La législation belge qui, par la loi du 15 avril 1885
a, ainsi que nous l'avons vu, institué la possibilité d'opposi-
tions de la part des tiers porteurs entre les mains du conser-
vateur des hypothèques (avec obligation pour ce dernier de

(26) Cass. 8 mars 1853. (S. 1855-1-214) ; Cf. Lyon-Caen et Renault, op.
cit. IV n° 728 et les notes 1 et 2.

(27) Cass. 7 décembre 1880 (D. 1881-1-312).

transcrire ces oppositions aux côtés de l'inscription elle-même) a adopté, de la sorte, une mesure efficace de protection des droits des tiers porteurs.

2° LES GARANTIES DU CRÉDITEUR EN CAS DE FAILLITE DU CRÉDITÉ

Si le crédit tombe en faillite, le créancier est couvert par les garanties qui lui ont été consenties. Il en est au moins toujours ainsi si les garanties dont il bénéficie ne lui ont pas été consenties pendant la période suspecte, pour dettes antérieurement contractées. Dans le cas contraire, seules, demeureront valables, les garanties personnelles et les garanties réelles constituées sur les biens d'autrui. Aux termes, en effet, de l'article 446 du Code de Commerce, « sont nuls et sans effet relativement à la masse lorsqu'ils auront été faits par le débiteur « depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui « auront précédé cette époque..... toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitué sur les biens du débiteur pour dettes « antérieurement contractées (28) »

Les garanties constituées par une dualité de comptes unifiés par une lettre de fusion ne peuvent être atteintes par l'article 446 car les effets de ce texte ne sauraient être, en raison de sa rigueur, étendus au-delà des actes qui s'y trouvent énumérés. Mais le juge, en vertu de l'article 447, peut rechercher par un examen des écritures se rapportant à la période suspecte si le compte « provision » ou le compte « bloqué » n'a pas été constitué pendant la période suspecte, pour enregistrer des paiements faits par le crédit et relatifs à des dettes

(28) Cf. Montpellier, 23 mars 1927. (*Monde judiciaire* 1^{er} novembre 1927); Douai, 22 avril 1926 (*Rec. Douai* 1926-221); Rabat, 26 décembre 1928 (*G.T. Maroc* 25-5-1929). Pour le cas, toutefois, où le crédit est ouvert en compte-courant, lequel n'est arrêté qu'à la faillite, Cf. *Cass. Req.* 23 mai 1927 (*S.* 1928-1-97 note de M. Bourcart); voir également ci-dessus : Section II.

échues. Si tel est le cas, et s'il ressort en outre de ces faits que le créancier a eu connaissance en acceptant ces versements, de la cessation des paiements, le syndic peut prétendre faire annuler lesdits paiements, comme il peut demander au juge de refuser toute compensation entre les deux comptes ouverts sur les livres du créancier. Les juges ont, en effet, plein pouvoir pour apprécier la réalité des conventions intervenues (29).

Ces quelques observations nous ont permis de mettre en lumière le caractère précaire des garanties consenties en faveur du créancier « à la dernière minute ». Souvent, le créancier est surpris par la chute subite de la solvabilité du crédit. Il craint une faillite à brève échéance et, pour se couvrir, il est tenté d'accepter toutes garanties. Survient la faillite : ces sûretés, savamment échaffaudées, tombent les unes et les autres et le zèle tardif du créancier se révèle bien inutile. En de telles circonstances, la seule mesure efficace qu'il pourrait prendre serait la recherche d'une caution du crédit, mais qui consentirait à cautionner un débiteur aux abois ?

On voit ainsi que l'engagement que l'ouverture de crédit met à la charge du créancier est souvent, pour lui, gros de conséquences. On ne saurait trop recommander au créancier, en surveillant la situation financière et la trésorerie du crédit, de se prémunir par des garanties constituées immédiatement de la perte due à la survenance éventuelle d'une insolvabilité du crédit, perte dont il accepte, par l'ouverture de crédit, de courir actuellement le risque.

(29) Req. 29 novembre 1932 (D.H. 1932-37).

CONCLUSION

Arrivés au terme de notre étude, nous devons reconnaître qu'une « physionomie juridique » de l'ouverture de crédit ne peut être fidèlement dessinée sans que soit en même temps évoquée l'image des nombreux contrats qu'elle précède ou qui l'accompagnent : avances directes, escompte, caution, acceptation, engagement irrévocable, d'une part ; stipulation d'intérêts, commissions et agios, compte-courant, garanties diverses de l'autre, sont tout autant de conventions qui escortent l'ouverture de crédit pour former avec elle une masse compacte dont il est parfois difficile de la dégager. Considérer l'ouverture de crédit consiste ainsi à fixer son regard sur une table d'orientation centralisant le vaste panorama de toutes les transactions auxquelles donne lieu ce facteur si important de la vie économique que l'on appelle « le crédit ».

Or, la pluralité de notions du « crédit », la diversité même des opérations auxquelles il donne lieu, leur évolution nécessaire, constituent de sérieux obstacles à une réglementation légale détaillée de l'ouverture de crédit : des textes trop rigides risqueraient de figer une institution sans cesse en mouvement et de gêner de la sorte son adaptation aux situations nouvelles qui devront fatalement se présenter.

Cette réglementation est, en outre, inutile. La technique juridique actuelle est suffisamment riche et éprouvée pour pouvoir, dans le vaste champ de la liberté contractuelle, offrir aux contractants le procédé susceptible de leur faire réaliser toute opération de crédit qu'ils désireraient. Hélas ! il n'est pas certain qu'après le vote d'une loi, pareil résultat puisse encore être aussi heureusement atteint. « Toute législation nouvelle,

dit avec raison M. Ripert (1), est une constante improvisation... N'attendons pas des assemblées parlementaires de grandes lois. Les réformes capitales demandent une préparation appliquée dont elles sont incapables ».

Ainsi, le statut de l'ouverture de crédit doit-il être moins l'œuvre de la loi que de la coutume. Les banques se groupent parfois afin de mettre au point leurs usages et de les constater dans des écrits qui, sans avoir force obligatoire, constituent néanmoins une documentation dont la valeur ne doit pas être sous estimée. La rédaction de ces usages doit être encouragée. C'est principalement dans le domaine international que l'ouverture de crédit doit faire l'objet d'échanges de vues entre organismes intéressés, ne fut-ce que pour que soient dissipés tous malentendus pouvant résulter des particularités de chaque législation interne, comme toutes erreurs pouvant provenir de l'interprétation des lettres et documents de langue étrangère : les Règles et Usances, ont, en matière de crédit documentaire, rendu déjà le service que l'on attendait d'elles. Nous reconnaissons même que, dans cet ordre d'idées, ce ne serait pas faire preuve d'un désir excessif de réglementation que de souhaiter la promulgation d'un statut international du crédit confirmé analogue à celui récemment adopté à Genève, en matière de lettre de change, de billet à ordre et de chèque. Demandons à ce statut la consécration de certaines règles essentielles, afin que leur valeur, de pays à pays ne soit pas mise en doute. Mais, cette réserve faite, laissons la souple coutume régir un domaine qui, en raison de son caractère mouvant, est particulièrement fait pour elle.

A côté de la coutume, et avec elle, le juge a, également, un rôle à remplir. Il se doit dans les trop nombreux litiges qui, sur ce point, parviennent jusqu'à lui, de faire preuve de vues objectives et de vivre les opérations qui sont soumises à son jugement, avant de décider du sort des parties. Il évitera

(1) Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, n° 15.

dans ce but de tomber dans deux excès contraires : d'une part l'ignorance des revendications du crédit que certaines pratiques pourraient parfois accabler ; de l'autre, une malveillance de principe à l'égard du banquier créancier dont la besogne délicate qu'il accomplit, *non sans risques*, mérite d'être considérée avec autant d'impartialité et de compréhension, avec, par conséquent, plus de nuances, que la banale transaction dont la vie quotidienne nous offre tant d'exemples.

Ainsi, le juge interprétera-t-il les conventions d'ouverture de crédit à la lumière de la coutume ; sans se laisser peut-être aveugler par elle, mais en ne détournant pas systématiquement son attention des renseignements qu'il peut y puiser. Il est, dans cette matière si spéciale du crédit appelé lui aussi à un rôle débordant les limites normales de l'application des lois : il confirmera un usage, il l'adaptera, et, ce faisant, il le sanctionnera. Dans cette mesure, il créera sans cesse un droit nouveau : l'œuvre que l'on attend de lui est donc une œuvre de prêteur.

Tâche difficile que la sienne ! La doctrine comprendrait mal son devoir, si elle ne l'aidait à poursuivre sa mission, en le guidant parmi les écueils qui l'entourent.

Le Président de thèse,
G. RIPERT.

Vu le Doyen,
ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris.
ROUSSY

Table des Matières

	Page
BIBLIOGRAPHIE	I
INTRODUCTION. — <i>Le crédit et la science juridique</i>	1
CHAPITRE I. — <i>Nature juridique et définition de l'ouverture de crédit</i>	8
CHAPITRE II. — <i>L'ouverture de crédit au regard de l'histoire et du droit comparé</i>	17
SECTION I. — Aperçu historique de l'ouverture de crédit	17
SECTION II. — Etude de législation comparée sur l'ouverture de crédit	25
§ 1. — <i>Les textes du droit français</i>	26
§ 2. — <i>Les textes du droit étranger</i>	28
CHAPITRE III. — <i>Les caractères de l'ouverture de crédit</i>	37
SECTION I. — Le caractère d'« avant-contrat » —	37
SECTION II. — Le caractère successif	41
SECTION III. — Le caractère unilatéral	42
SECTION IV. — Le caractère onéreux	46
SECTION V. — Le caractère civil ou commercial	49
CHAPITRE IV. — <i>Les modes de réalisation de l'ouverture de crédit</i>	53
SECTION I. — Les opérations de crédit comportant une livraison de choses	54
§ 1. — <i>Le crédit réalisable en marchandises</i>	54
§ 2. — <i>Le crédit réalisable en avance de sommes d'argent</i>	58
A. <i>L'avance de fonds faite entre les mains du crédité</i>	59
a) <i>l'avance directe</i>	59

	Pages
b) l'escompte	62
1 ^o l'escompte des lettres de change	65
2 ^o l'escompte des billets à ordre	73
3 ^o l'escompte des warrants	76
B. L'avance de fonds faite à des tiers pour le compte du crédité'	82
Appendice. — La lettre de crédit	85
SECTION II. — Les opérations de crédit comportant un engagement du créiteur à l'égard des tiers	
§ 1. — <i>Les opérations de crédit par acceptation</i>	88
§ 2. — <i>Les opérations de crédit documentaire</i>	92
§ 3. — <i>Les opérations de crédit par aval et caution</i> ..	107
CHAPITRE V. — <i>Les conditions de formation et de validité du contrat d'ouverture de crédit</i>	
SECTION I. — Conditions de fond	113
A. Consentement	114
B. Objet	120
C. Cause	121
D. Capacité des parties	122
SECTION II. — Conditions de forme	129
CHAPITRE VI. — <i>Les effets du contrat d'ouverture de crédit</i>	
SECTION I. — Les droits et obligations résultant de l'ouverture de crédit	134
§ 1. — <i>L'étendue des droits et obligations résultant de l'ouverture de crédit</i>	134
I. Obligations des parties	135
A. obligations du créiteur	135
B. obligations du crédité	142
II. Droits des parties	148
A. droits du créiteur	148
B. droits du crédité	150
§ 2. — <i>L'extinction des droits et obligations résultant de l'ouverture de crédit</i>	152
SECTION II. — De la preuve, en matière d'ouverture de crédit	155

	Pages
CHAPITRE VII. — <i>Les conventions accessoires jointes à l'ouverture de crédit</i>	159
SECTION I. — Les stipulations d'intérêts, com- missions et agios	160
SECTION II. — La convention de compte courant ,	167
SECTION III. — Les garanties attachées à l'ouver- ture de crédit	174
§ 1. — <i>Les diverses garanties</i>	177
§ 2. — <i>L'étendue des garanties</i>	185
§ 3. — <i>De quelques problèmes soulevés par les ga- ranties</i>	187
CONCLUSION	192

Imprimerie « LES PRESSES MODERNES », 96, Galerie Beaujolais
